

LA PENA DE MUERTE

DISERTACION LEIDA

EN LA

SOCIEDAD "JURIDICO-LITERARIA"

POR

ANIVAL VITERI LAFRONTE



QUITO

IMPRESA DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL, POR JULIO SAENZ R.

Carrera García Moreno—Cuadra N° 10

1906



LA PENA DE MUERTE

(TRABAJO DEDICADO AL SR. DR. DN. MANUEL E. ESCUDERO,
PROFESOR DE DERECHO CRIMINAL
EN LA
UNIVERSIDAD CENTRAL)

POR

ANIBAL VITERI LAFRONTÉ

INTRODUCCION

La Justicia Penal, esa tradición constante de la humanidad, en las antiguas sociedades estaba llena de abusos de la fuerza; inspirada en la venganza tenía refinamientos de crueldad, excesos inconcebibles de barbarie, tormentos abominables, que excedían en criminalidad á los actos por ella castigados: "No era una lucha contra el delito, sino una lucha salvaje contra el delincuente;" y en la que cada pueblo parecía rivalizar en la intensidad y número de las torturas.

Estas aberraciones no sólo se descubren ennegreciendo *la justicia criminal* de los antiguos tiempos; alcanzaron á naciones florecientes, orgullosas de su cultura, y aun hoy, como restos de una noche luctuosa, nubarrones oscuros de injusticia se advierten, afeando el cielo de la civiliza-

ción, impidiendo á la humanidad el emprender libremente la ruta divisada, por donde los hombres armados de sus inviolables derechos y unidos por la fraternidad practicada por todos, deberían marchar victoriosos á la consecución de sus destinos.

Mucho han tenido que progresar las ideas de Derecho y Justicia hasta llegar á conocer: "Que únicamente debe pensarse lo que consienta y necesite pena; que penar no es vengarse ni producir males y dolores sin medida ni tasa bajo la opresión del miedo y de la ira; que la dignidad de la naturaleza humana no puede ser desconocida y ultrajada en la reacción que la facultad punitiva implica." (*)

La pena de muerte se imponía por las legislaciones muertas con una prodigalidad inicua y rodeándola de martirios horribles. Fácil me sería traer á la memoria, si no fuera tan enojoso, y detallar los suplicios ideados para dar la muerte, en la gran mayoría de casos, por delitos levísimos ó imaginarios.

La profusión y barbarie de la pena capital arrancaron el sublime grito doloroso de protesta al ilustre Marqués de Beccaria; él tiene la inmensa gloria de ser el primer talento superior que rebelándose contra una institución por todos admitida y practicada, lanzó formidables anatemas contra el patíbulo, en nombre de la ciencia, de la humanidad y la razón.

Desde el libro inmortal de Beccaria, tanto se ha escrito y discutido en pró y en contra de la pena de muerte, que casi es imposible decir algo nuevo en el terreno de la ciencia; y, si atendemos al

(*) Félix de Aramburu y Zuloaga.—Nueva Ciencia Penal.

sentimiento, ¿quién iría más allá al impugnarla que Víctor Hugo y Lamartine?

Estas consideraciones excusarían todo nuevo trabajo; pero al recordar que aun subsiste en la mayor parte de las naciones civilizadas, y que, mientras exista un hecho contrario á la justicia y al derecho laudables son todos los esfuerzos en contra, por pequeños que sean. Mientras en nombre de la justicia se levante un sólo patíbulo, tenemos derecho para que la opinión unánime y adversa diriga sus nobles energías á hacerlo desaparecer.

Los partidarios de la escuela Antropológica criminalista, son, por lo general, partidarios de la *eliminación* de los delincuentes, y refutaremos su doctrina en este punto, doctrina muy poco conocida entre nosotros.

Estas razones y el estudio aplicado al Ecuador, donde por desgracia existe para los militares, y es muy común la creencia de la justicia y necesidad de esta pena, hasta entre los mejores jurisconsultos; estas razones, repito, disculparánme ante vosotros, haya emprendido la resolución de este principal problema de penología.

Tres partes comprenderá este ligero ensayo: I La legitimidad de la pena de muerte ante el Derecho Penal.—II La pena de muerte y la Escuela Criminológica-positivista.—III La pena de muerte en el Ecuador.

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION ECUATORIANA

CAPITULO I

LA LEGITIMIDAD DE LA PENA DE MUERTE ANTE EL DERECHO PENAL

Las leyes de sociabilidad exigen el mantenimiento del orden externo, resultado de la armonía entre los deberes y derechos recíprocos derivados de la naturaleza de la sociedad.

En "la sociedad organizada para la realización del derecho," la autoridad depositaria de la acción social y agente directivo de ella, está obligada á velar por el mantenimiento del orden, por el reinado del Derecho.

De la naturaleza de la sociedad nace el *poder conforme á la razón* de la autoridad, para evitar la perturbación del orden jurídico, y procurar su restablecimiento cuando haya sido violado por el delito.

Este derecho, al ser estudiado científicamente se ha definido: "El conjunto de principios de razón que justifican el poder punitivo y señalan los modos y límites de su ejercicio," (Brusa); ó, como dice otro autor: "El conjunto de verdades orgánica y sistemáticamente enlazadas, como consecuencia de un sólo y único principio relativo al castigo del delito." (Pessina).

En el estudio científico, el espíritu humano con la fuerza cognocitiva de la razón se eleva á desentrañar la íntima verdad de las cosas, estudiando sus causas fundamentales y sus fines supremos. Con este criterio indagaremos el límite del derecho punitivo; la serenidad de la concepción filosófica nos dará á conocer, si la acción reparadora y represiva puede llegar hasta destruir la personalidad del delincuente.

¿Puede imponerse *legítimamente* la muerte como pena?

Este es el problema sometido al estudio de los principios científicos.

El derecho represivo ó penal es limitado por su naturaleza y fundamento; lleva en sí mismo la idea de su limitación; al manifestarse en las leyes encaminadas á realizarlo no puede ser absoluto é ilimitado. *La justicia* es la norma ideal, suprema, á la que deben ceñirse todas las leyes; á este criterio inmutable debe aunarse otro relativo, variable, pero que lo completa para los fines sociales: *la conveniencia*. Bien dice Ortolán: “La legitimidad está fundada sobre una base doble—la justicia—y la utilidad social.”

Examinaremos separadamente estas dos ideas principales y llegaremos á convencernos de que, la pena de muerte, ninguna de ellas tiene por fundamento.

No nos detendremos á estudiar el hecho tal como ha existido en los tiempos pasados, al travez de las vicisitudes históricas de todos los pueblos de la tierra. Rememorar cómo y para qué se aplicaba *la matanza legal*, hasta hace poco tiempo, sería sublevar vuestros sentimientos de humanidad, vuestra razón y vuestra conciencia contra la salvaje y grosera venganza que se llamaba justicia penal.

*
* *

Es necesario, antes de elevarnos á consideraciones filosóficas, refutar el argumento histórico aducido por los defensores de la pena de muerte. “La legitimidad—dicen—de la pena capital está consagrada por el consentimiento de los pueblos.” Uno de los más recientes defensores, al hacer valer este argumento, lo presenta en esta forma: “Es un hecho cierto, admitido constantemente por toda la humanidad, puesto en práctica por todos los poderes públicos que han regido las naciones y sancionado por todos los códigos. ¿Habrá estado en un error sobre este punto la humanidad entera?” (1)

Muchos han contestado brillantemente á este especioso argumento y entre ellos el autor de “La Sociedad

(1) “La pena de muerte” por el P. Jerónimo Montes (1897). Argumento presentado también por Pacheco y otros.

y el Patíbulo," decía: "La simple universalidad de un hecho cualquiera no prueba su legitimidad ni su justicia; de otro modo, muchos hechos reprobados por la sana razón, serían legítimos, supuesto que han sido generales y constantes en todo el mundo." (2) Al respecto, cita la esclavitud, el tormento etc., que lógicamente se legitiman por el razonamiento histórico, pues, en su favor puede alegarse lo mismo.

La prueba histórica de la legitimidad de la pena de muerte, es demasiado lata, nos llevaría á justificar todo lo establecido por la tradición y el uso, aceptación inconsciente de funestos resultados; sería proclamar el predominio de los hechos sobre la razón y el derecho.

Debemos gloriarnos que ante la crítica de la Filosofía, hayan caído los absurdos entronizados por el uso irreflexivo y que eran estorbos para el progreso moral y físico de las naciones. Lo mismo sucederá en adelante, cuando la razón apoyada en la ciencia demuestre la pugna de una institución con la justicia y el derecho; caerá sin remedio, serán impotentes para sostenerla la tradición y el convencionalismo. Las sociedades, en el grado de civilización actual, no pueden mantener instituciones retrógradas y decrépitas, inútiles para satisfacer sus necesidades y llenar sus aspiraciones altamente humanitarias; aunque sus títulos de falsa legitimidad estén escritos por centenares de pasadas generaciones.

El autor precitado, para probar la ilegitimidad del uso de la pena que se trata, expone el argumento siguiente: "El carácter de una institución cualquiera está precisamente conforme con el del principio sobre que se funda; porque es imposible que los efectos sean de distinta naturaleza que la causa que los produce; que de un principio falso se deriven consecuencias verdaderas, de lo injusto lo justo, ni de lo absurdo lo legítimo. Ahora bien: ¿cuál ha sido el principio sobre que han hecho descansar la institución de la pena de muerte las distintas sociedades que la han admitido? ¿Este principio no ha

(2) Pérez de Molina.

sido en todas partes absurdo, bárbaro é ilegítimo?" En las sociedades antiguas el individuo era absorbido por el Estado; la moral era el deleite; el derecho supremo, la fuerza; el fundamento de la justicia represiva, la venganza. Podemos pues, decir, con Pérez de Molina: "¿Cómo ha de ser justa y legítima la pena de muerte aunque la hayan usado todos los pueblos, en todas las edades, si ninguno de ellos ha fundado esta institución sobre los principios de la verdadera justicia?"

Apenas hay error é ignominia por monstruosos que sean, en cuyo favor no se pueda alegar su existencia en la historia, maestra en los hechos, pero no en los derechos, por esto escribió Beccaria: "La historia de la humanidad es un inmenso mar de errores donde los hombres se ahogaban con frecuencia, y sólo á grandes distancias sobresalen entre aquellos, un corto número de verdades mal conocidas." (3)

La universalidad es esencialmente distinta de la legitimidad; la existencia en todos los tiempos de la pena de muerte no la legitima: "Sólo cuando la historia confirma lo que la razón proclama puede decir el hombre que ha encontrado la verdad." (4)

Tampoco puede ser argumento la existencia actual de esta pena en la mayor parte de los pueblos; es una de las aberraciones, que subsiste apoyada en motivos aparentes de conveniencia.

Algunas naciones han abolido completamente el patíbulo, todas las legislaciones han limitado su aplicación; el número de los partidarios del abolicionismo crece de modo asombroso; en la conciencia de los individuos y de los pueblos germina una reacción formidable contra la pena capital. Observa muy bien un eminente criminólogo español: "No hay remedio, la corriente humanitaria va creciendo; la opinión en favor de los delincuentes á los que considera como desgraciados, es cada día más grande." (5)

(3) De los delitos y de las penas.

(4) Donoso Cortés.

(5) Pedro Dorado Montero.—Problemas Jurídicos Contemporáneos.

Desvanecido el argumento histórico, entremos, según nuestro propósito, á estudiar las ideas fundamentales en que se apoya la legitimidad, refutando de paso algunas doctrinas en las que erróneamente se ha fundado la facultad de imponer la última pena.

§ I

JUSTICIA

Los filósofos que han definido la justicia están acordes en considerarla como una entidad moral inmutable, universal, absoluta. De esta noción han partido los jurisconsultos para definirla: "La voluntad constante y perpetua de dar á cada uno su derecho."

El fundamento debe ser proporcionado á la concepción misma; el fundamento de la justicia debe ser inmutable, constante, y estos caracteres reúne sólo la naturaleza de las cosas. La idea de justicia, siguiendo el pensamiento de Montesquieu será: la de una relación moral necesaria que se deriva de la naturaleza de las cosas.

Las leyes encargadas de reestablecer el orden violado deben ser justas; para ser justas, *deben dar á cada uno su derecho*; para dar á cada uno su derecho, deben tener en cuenta *la naturaleza y fin de la sociedad, la naturaleza y fin de la acción social reparadora, la naturaleza y fin de la causa del desorden social*. Estudiemos cada una de estas ideas con relación á la pena de muerte.

*
* *
*

Naturaleza y fin de la Sociedad

La sociedad, compuesta de seres finitos y limitados, tiene que participar necesariamente de la naturaleza de sus componentes. Las sociedades, como ha dicho Gui-

zot: "Nacen, se desarrollan y mueren en la tierra;" el poder de castigar que ellas tienen debe guardar conformidad con su naturaleza.

La sociedad, al imponer la muerte como pena, no atiende á su naturaleza y traspasa los límites del poder represivo.

Para probar nuestro aserto reproducimos el argumento siguiente: "No pueden ser materia penable más que las cosas que están conformes con la naturaleza de la sociedad civil; y como ésta es temporal los castigos serán temporales,"—poco después añade: "La sociedad puede privar al delincuente de los bienes que ella le ofrece y de los derechos que le concede; mas no privarle de los bienes que son de origen más elevado ni de las prerrogativas que ella no ha podido otorgarle, cuales son ciertos derechos naturales, de todo punto inalienables, porque su propiedad no es del individuo ni de ningún poder en la tierra, sino exclusivamente del Arbitro Supremo. Todo lo más que la sociedad puede, es impedir, en ciertos casos, el ejercicio de estos derechos; pero, nunca atacar la personalidad humana, porque la personalidad no es del hombre, sino el hombre mismo." (6)

Limitado, circunscrito, temporal es el ser de la sociedad, como "el obrar es proporcionado al sér;" su facultad, su derecho represivo sólo puede imponer castigos temporales, limitados: la pena de muerte al contrario es ilimitada, es eterna, es el aniquilamiento de un hombre. Con cuanta razón decía Víctor Hugo: "No podéis huír de este dilema: ó sois creyentes ó no lo soís. Si sois creyentes, ¿cómo os atrevéis á arrojar una vida en la eternidad? Si no sois creyentes, ¿cómo os atrevéis á arrojar un sér en la nada?" (7) De lo expuesto se deduce que, la pena de muerte no es conforme á la naturaleza de la sociedad, y traspasa los límites del poder represivo.

La sociedad tiene por fin la conservación y perfeccionamiento de *todos los individuos asociados*; por un

(6) Pérez de Molina. Obra citada.

(7) De una carta á M. Bost, sobre el proyecto de abolición en Ginebra en 1862.



acto criminal no se pierde el carácter de hombre, de asociado; la comunidad conserva respecto del delincuente el deber de procurar su perfeccionamiento; un crimen cometido no extingue ni en el delincuente ni en la sociedad los deberes fundados en la naturaleza de cada una de estas entidades.

El fin de todas las instituciones de derecho, es proteger *todas las existencias* y su libre y espontáneo desarrollo; la institución represiva no puede negar este objeto, no puede desconocer el fin de la sociedad con relación á ningún hombre por criminal y degradado que sea.

Además, al dar á la comunidad derecho sobre la existencia de los individuos se le concede el poder de destruir la condición indispensable para su mismo ser, ésta es, la existencia de asociados; si puede dar la muerte á un individuo de la humanidad, ¿por qué no á *un individuo muchas veces repetido?* es decir á la humanidad entera, es sólo cuestión accidental de número. Destruid en pensamiento á los individuos y son inconcebibles las sociedades.

Si á la agrupación le dáis derecho sobre la personalidad del hombre, hacéis de ella un monstruo mitológico que al devorar sus partes componentes se devora á sí mismo.

La pena de muerte, por lo anteriormente expresado, no es conforme con la naturaleza de la sociedad, traspasa los límites del poder social, niega el fin de la sociedad, y es contraria á la condición indispensable de la concepción de sociedad.

* * *

En nada destruye la fuerza de la argumentación anterior, el derecho de legítima defensa que tiene la sociedad y del cual han querido de lucir algunos el poder de castigar con la muerte. La sociedad ante los ataques directos exteriores ó interiores, tiene el derecho de de-

fensa, derecho innegable en el cual, como medio supremo, puede destruir en franca y noble lid al enemigo; pero, este derecho nace de un orden de ideas y de principios esencialmente distintos á los de la cuestión que tratamos: en el derecho penal, no estudiamos el derecho de la guerra, la defensa de la conservación y vida de la comunidad; estudiamos la defensa y reafirmación del Derecho como norma absoluta de conducta; la defensa y restauración del orden social jurídico; en una palabra, la prevención y castigo del delito.

El derecho penal y el de defensa son distintos científicamente, de confundirlos nacen funestos errores y consecuencias absurdas. El derecho de legítima defensa no podría ser jamás fundamento del poder punitivo. Varios publicistas lo han probado y, por la concisión y claridad, transcribiré lo escrito por uno de ellos: "El derecho de defensa nos permite, en ciertos casos, usar con relación á nuestros semejantes del más extremo rigor, y nos autoriza para disponer aún de su vida. Pero el derecho de defensa legítima no basta para justificar un sistema de penas y de justicia criminal. La legítima defensa, en efecto, no va más allá de la resistencia actual; es la fuerza opuesta á la fuerza; la acción material de impedir un acto que está en vía de ejecutarse, pero que aun no se ha consumado. Las leyes penales, al contrario, despliegan sus rigores contra un hombre desarmado y contra una acción irrevocable. El derecho de defensa se acaba desde el momento que nuestro enemigo está en incapacidad de dañarnos; mientras que, cuando ha cesado el ataque, cuando el culpado está cargado de cadenas delante del juez, entonces es cuando principia la obra de la justicia y de las leyes. El derecho de defensa, en el ardor de la lucha, se cuida poco de si ha hecho más ó menos mal del que pretendían hacernos. La ley penal tiene el deber de proporcionar el castigo á la gravedad del delito." (8)

Supongamos por un momento, que el derecho de de-

(8) M. P. Pradier Foderé.—Principios generales de Derecho Político y Legislación.



fensa legítima sea el derecho penal; pues, ni aun éste sería, racionalmente entendido, bastante para justificar la pena de muerte; el derecho de que hablamos dura sólo lo que la agresión, y es inicuo ejercitarlo después cuando el enemigo no puede dañarnos. Y la pena social es necesariamente posterior al delito, tal como la aplican las sociedades actuales; no se concibe la defensa después de meses y aun años de cometido el delito. Sobre todo, si se trata de privar de la vida es una verdadera agresión tiránica contra el delincuente y en que éste como todo hombre tiene el deber indeclinable de defender su existencia.

No es el derecho de defensa, el derecho penal y aun siéndolo no llegaría á justificar la pena capital,

*
* *

Naturaleza y fin de la acción social reparadora, es decir de la pena

Al principio bosquejamos el fundamento del poder punitivo. Recordando esas ideas, la noción elemental de la pena será para nosotros: la de la acción reparadora del orden jurídico. Presentaremos algunas definiciones de la pena, dadas por eminentes criminalistas, para conocer cómo ha sido comprendida su naturaleza.

Platón al que siguió Plutarco, la consideraban como una: "medicina del alma." (9) Ortolán define: "El mal impuesto por el poder social al autor de un delito y por razón de este delito." Silvela: "El conjunto de condiciones exteriores y coactivas prestadas por el Estado para que el derecho que por él ha de hacerse efectivo sea restaurado cuando se perturbe por el delito." Roeder, el ilustre correccionalista, concibe la pena como: "El medio racionalmente necesario para ayudar á la voluntad del ciudadano, determinada injustamente, á ordenarse por sí misma porque y en cuanto la desarmonía que nace de

(9) Cita tomada de Tissot.

su desorden, perturba la armonía de todo el organismo social del Estado.” Carrara y Pessina, las dos lumbreras mayores de la Escuela Clásica Italiana, definen: el primero: “Un mal infligido por los magistrados, conforme á la ley del Estado, á aquellos que han sido en debida forma reconocidos culpables de un delito.” El segundo: “El acto de la sociedad que en nombre del derecho violado sujeta al delincuente á un sufrimiento como medio indispensable para la reafirmación del derecho.”

Las definiciones citadas y la universalidad de las que se han dado, están acordes en el concepto esencial, de que la pena por su naturaleza es un castigo impuesto por la sociedad al *delito*. El delito es un acto humano contra derecho; un modo de obrar violando el orden, pero el delito no es el hombre. La pena de muerte no es el sufrimiento impuesto al obrar criminoso, es la destrucción del hombre delincuente; cuando la pena debe dirigirse á la actividad, al modo de obrar y no contra el ser mismo del individuo, causa del desorden. El gran talento filosófico de Pessina, dice muy bien: “La pena debe ser la reeducación del delincuente, la limitación de su libertad, como que la pena es la lucha contra el *obrar criminoso* y se dirige no á destruir el hombre en el delincuente, sino el delincuente en el hombre.” (10)

La pena que debe ser la restauración del orden, la reafirmación del imperio del derecho: no es, no puede ser, la *negación del derecho* más sagrado é inviolable del hombre. La pena de muerte, ¿qué tiene de *reafirmación del derecho*, si niega un derecho? ¿qué de *obstáculo legal contra el delito*, si es un delito de la sociedad? ¿qué de restauración del orden social, si éste consiste en la *conservación, seguridad y perfeccionamiento de todos los asociados?*

El fin principal de la pena, como enseña Carrara: “Es el restablecimiento del orden externo de la sociedad.” Taparrelli dice: “A tres objetos debe mirar en

(10) E. Pessina.—Elementos de Derecho Penal.

el ánimo del legislador toda pena impuesta al desorden social, al delito: la pena debe ser: 1º la vuelta del delincuente al orden, y así debe tender á su corrección; 2º una reconstrucción del orden social, y por consiguiente debe tender á restaurar el orden externo; 3º una nueva ordenación de las inteligencias asociadas: la pena debe ser medicinal, reparadora y ejemplar." Hablando de estas cualidades de la pena añade poco después, este autor: "*Seria positivamente injusta si directamente mirase á la exclusión de alguna de ellas.*" (11) La pena de muerte no sólo es contraria y excluye á alguna de ellas, sino á todas: luego es tres veces positivamente injusta. Esta lógica deducción de las teorías de este autor no necesita prueba inmediata; el mismo admite que la pena de muerte no es *necesaria* para alcanzar los dos primeros objetos; y en cuanto á que carece de ejemplaridad posteriormente demostraremos con amplitud. Esta pequeña digresión la hemos hecho para dejar, con las palabras mismas del eminente publicista, refutada su teoría posterior en la que excepcionalmente admite la última pena.

El restablecimiento del orden externo de la sociedad, el fin de la pena, se consigue: haciendo volver el sentimiento de seguridad á los individuos, restaurando los daños causados por el delito, poniendo *racionalmente* al criminal en situación de no repetir sus abusos. Para esto deben emplearse los medios legítimos y necesarios; pero la muerte del criminal no es indispensable, con ella no se consigue ninguno de los fines, el horror á la pena que se despierta no es el retorno de la seguridad bien entendida; menos aun se restauran los daños causados; y hay penas más aptas para conseguir todos los fines, sin lesionar ningún derecho y que impiden *racionalmente* repetir los delitos, como la prisión. Las sociedades que no ven otro medio de imposibilitar para futuros crímenes que matando al individuo, obran tan torpemente como un médico que para evitar las futuras y potenciales enfermedades de un hombre débil, le dan la muerte como absoluta medicina.

(11) Derecho natural.—Tomo I. párrafo 806.

El derecho de la sociedad se limita á mantener el orden, evitar su perturbación y restablecerlo si ha sido violado; la acción social *legítima* concluye donde terminan los derechos y deberes sociales, y no puede esta acción llegar nunca á ser la *matanza legal*.

La pena de muerte es contraria á la naturaleza y fin de la pena, que debe limitarse á lo estrictamente necesario para la conservación y restablecimiento del orden.

Aun los que ven en la *necesidad*, para la defensa social, el único fundamento de la punición, no podrían llegar lógicamente, á hacer legítimo el uso de la pena estudiada. Romagnosi ha dicho: "La necesidad es la causa única del derecho, de donde resulta que si la *necesidad falta* el derecho no existe. Luego, todo acto nocivo que se realice contra un hombre por motivos de defensa *más allá de lo que la necesidad reclame es un acto contra derecho*. La pena debe ser necesaria para ser justa." La muerte como pena es innecesaria, luego no es justa, se deduce claramente del argumento anterior. A esta misma conclusión llega Carnevale, al resolver el problema de la juridicidad de las penas en el sentido de que son justas cuando son necesarias; para juzgar de la necesidad acepta como criterio la repugnancia social y prueba en consecuencia, que la pena de muerte por la repugnancia que despierta hoy es innecesaria y por lo mismo injusta. (12)

A los que creen que esta pena es indispensable para la existencia social y necesaria para contener los avances de la criminalidad, les preguntaremos: ¿cómo Portugal, Italia, varias naciones de América, muchos Ducados de Alemania, Austria, Suiza y Bélgica, donde no se ejecuta la decapitación, subsisten y progresan habiéndola borrado de sus códigos? Si existen sin ella, no es como lo demuestran los hechos, indispensable en las naciones.

Los pueblos que la conservan han ideado medios y

(12) LA CUESTIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN LA FILOSOFÍA CIENTÍFICA.

paliativos para atenuar su injusticia: la gracia, el indulto, la conmutación, la resistencia de los jueces y en especial de los jurados, que, en muchísimos casos, declaran inocentes ó buscan ilusorias justificantes, antes que imponer la terrible pena; todo esto viene hacer del patíbulo un espantajo escrito, sin ninguna certeza y de rarísima ejecución.

Algunos, después de combatir brillantemente este castigo lo admiten por excepción, como Taparelli y Carrara, en el *supuesto* de que la existencia de un delincuente sea incompatible con la de la sociedad ó la de otros seres inocentes.

Recordando lo que ya dijimos de la teoría general de Taparelli, que destruye esta opinión suya, pasemos á examinar el fundamento del aserto. Sutileza apoyada en una suposición improbable. ¿Cuándo en las sociedades actuales, que cuentan con medios múltiples y aptos para la defensa del orden, llegará á presentarse ese dilema de vida entre la sociedad ó un hombre? Y aun concediendo que se presentare, otros medios legítimos harían desaparecer esa incompatibilidad aparente. Evitando la impunidad, reprimiendo el delito, privando al delincuente del pleno ejercicio de su actividad, no puede dañar, y desaparece ese dilema: la sociedad ó un individuo. ¿Puede concebirse la incompatibilidad de la existencia de un individuo, encerrado entre las seguras paredes de un presidio, donde la educación y el trabajo deben regenerándolo volverle apto y moral, con la existencia de la sociedad?

Si alguna vez una partida armada de bandoleros es una amenaza de destrucción para una nacionalidad, entonces estamos en el caso del *Jux bæli*, de la defensa legítima; pero, eso no es del dominio del derecho penal ni tiene relación con la muerte como pena.

Felizmente, como decía Chartón en el senado francés: "Dentro de cien años cuando las gentes lean que se cortaba la cabeza en nombre de la ley, el estupor de nuestros nietos será tan grande como el que á nosotros nos causa hoy el pensar que hace cien años se dudaba

de abolir el tormento.” Y añade Carnevale: “Desarrollando más ampliamente la idea de esta observación, podremos decir nosotros: que dentro de otros cien años, los hombres más libres y más cultos tendrán que hacerse violencia para comprender que ha habido una época en la cual sociedades llenas de vida y de energía se sintieron tan débiles frente á pocos irreconciliables enemigos que creyeron que no podrían gozar de tranquilidad sino los mataban.” (1)

*
* *

Naturaleza y fin de la causa del desorden social

El respeto á la personalidad humana, proclamado por la filosofía, en apoyo de la doctrina religiosa del Cristianismo, trajo en consecuencia el reconocimiento en todas las ciencias sociales de los derechos inalienables emanados de la naturaleza del individuo. A este influjo creciente no podía retraerse el Derecho Criminal.

El hombre tiene derechos fundados en su naturaleza: si, á pesar de un crimen por él cometido, conserva su naturaleza, conservará sus derechos. Luego, subsiste en el delincuente la sagrada inviolabilidad de la vida; la sociedad no puede desconocer esto en la aplicación de su facultad punitiva, ya que en todas las instituciones debe armonizar los derechos del hombre con los de la comunidad; al disponer de la existencia es más criminal que el individuo que trata de castigar.

Puede circunscribir, limitar el ejercicio de la libertad rebelde al orden, esto es indispensable para evitar nuevos atentados y restaurar el derecho, en este sentido impondrá un sufrimiento regenerador al delincuente. “Pero esta eficacia productora de dolor—dice con lógica abrumadora Pessina—debe tener un límite. No debe atacar la integridad de la personalidad humana, pues si con la pena se negara el derecho de personalidad en el delincuente, se negaría, también, su deber jurídico de ser

(1) Obra citada.



sometido á la pena, ya que el derecho de personalidad representa la aptitud indeleble del hombre para ser sujeto no sólo de los derechos sino también de las obligaciones jurídicas. La pena que llegara á negar la personalidad humana se negaría á sí misma como institución jurídica, y se convertiría en un acto de fuerza mayor ejercido por la sociedad sobre el individuo. Por otro lado, no es la personalidad humana la que engendra el delito; la causa de éste se halla en la libertad de la cual abusa el delincuente. En una palabra, el hombre delinque no en cuanto él es, sino en cuanto él obra, y por eso la actividad y no la existencia del individuo, la actividad que es aquello sobre que el derecho impera, llega á ser rebelde al derecho en el delito. Por consiguiente, esta actividad jurídica, en su esfera de acción, puede ser disminuida por la pena, pero no el derecho de personalidad." (1)

El delincuente conserva su naturaleza humana y por consiguiente, el deber y el derecho irrefragables de conseguir los fines de todo hombre, el perfeccionamiento moral y el bienestar físico; si los fines lícitos del individuo no pueden ser incompatibles con los fines legítimos de la sociedad, ¿con qué derecho se le ha de privar de ellos al delincuente?

Ellero con la energía de su raciocinio escribió lo siguiente: "Nosotros negamos que para seguridad social sea necesaria la pena de muerte; pero aun suponiendo que lo fuese, es preciso que digamos que para nosotros el fin de la sociedad está subordinado al fin del hombre; que la personalidad colectiva de aquella no puede en modo alguno absolver la personalidad individual de éste, que jamás el hombre puede convertirse en instrumento del bien de agrupación humana de ninguna clase. Perezca la sociedad (si esto es posible) pero quede á salvo el hombre."

La pena de muerte, al atacar la naturaleza del hombre y al desconocer la personalidad, se niega á sí misma

(1) Obra citada.

como institución jurídica, impidiendo además la consecución de los fines del hombre.

*
* *

Este ligero estudio nos ha conducido al siguiente resultado que lo sintetiza: La pena, como toda institución jurídica, para ser justa debe guardar conformidad con la naturaleza y fin de la sociedad, de la acción social y del individuo que la sufre; la pena de muerte es contraria á la naturaleza de la sociedad, traspasa los límites del poder social, y niega el fin de la comunidad; no tiene la naturaleza ni consigue el fin de la acción reparadora de la pena; desconoce la naturaleza y fines del individuo á quien se impone y se niega á sí misma como institución jurídica: luego la pena de muerte es monstruosamente injusta.

§ II

CONVENIENCIA O UTILIDAD

Acabamos de estudiar la justicia, y es adversa y condena completamente el uso de la pena de muerte; pero, las leyes deben consultar la utilidad y conveniencia sociales; pues, tratan del mantenimiento de un orden jurídico determinado en una Nación dada. Este criterio, por su naturaleza variable, relativo, contingente, no puede traspasar los límites inmutables del primero; sólo es digno de tomarse en cuenta como un complemento, como que en vista del bien social, debe acompañar á la justicia. “Pero los motivos de utilidad—dijo bien Pacheco—no son la ley suprema de nuestras obras, aunque sean su determinante común. No son, ni puede suponerseles la regla de moralidad, cuando ellos en sí propios, esa utilidad ó interés ninguna idea moral encierran ni comprenden. No son inmorales por su naturaleza,



no; pero no son justos, no son morales tampoco. Son independientes de la justicia propia; pueden marchar á su lado sin rozarse con ella, pueden convenirla á veces, como á veces contradecirla y chocar." (1) Muy lejos está la conveniencia de ser el único y principal fundamento de la moral, de las leyes y del derecho, como infinidad de filósofos y publicistas han demostrado, hasta la evidencia, contra el sistema utilitarista.

Indicados los límites y el punto hasta donde es aceptable este criterio, veamos como lo han aplicado los defensores de la pena capital.

La pena, dicen, para la conveniencia social, debe intimidar á los perversos y ser un ejemplo para los demás asociados, á que se abstengan de cometer un delito. La pena de muerte es la más apta para conseguir estos fines de *intimidación* y *ejemplaridad*. Luego debe emplearse.

Estos fines, en la mejor doctrina de ciencia penal, no son el fin último de la pena, son cualidades deseables y un tanto accesorias, aun cuando deben conseguirse.

Teniendo en cuenta esto, la *intimidación* y *ejemplaridad*, falsamente atribuidas á la pena de muerte, son cuestiones de hecho; las rebatiremos, pues, con argumentos basados en los hechos.

*
* *

Es innegable la influencia mutua de las costumbres en las leyes y de las leyes en las costumbres. La ferocidad legal influirá evidentemente en la ferocidad de las costumbres y viceversa. Esta ley, deducida de la observación y la experiencia, arguye en contra de la fuerza intimidadora y ejemplar de la última pena.

Pérez de Molina demuestra ampliamente, con la historia de todos los pueblos, que en donde con más frecuencia se ejecutaba la pena de muerte, los crímenes atroces eran más comunes: "Donde la pena de muerte

(1) Lecciones de Derecho Penal.

se prodiga domina la barbarie," decía Víctor Hugo. Recorred la historia y palparéis la evidencia de lo observado por estos autores. Observación que se explica perfectamente: la continuidad de presenciar la muerte les habituaba á mirarla con indiferencia; acostumbrados al derramamiento de sangre, los hombres de las antiguas edades, ¿qué efecto de temor ó ejemplo iba á producirles, si miraban la muerte como el espectáculo más natural y divertido de entonces? Divertido hemos dicho, y recordad sino la época del decaimiento del pueblo-rey, cuando pedía sólo pan y juegos; la muerte de los gladiadores y de los mártires cristianos, era la diversión que más alegría y contento les causaban.

Lombroso, partidario declarado de la *eliminación*, corrobora lo dicho, al escribir: "Es muy cierto que cuando se exagera en la aplicación de las penas crueles, lejos de sofocarse se aumenta la tendencia al delito, como si la ferocidad humana encontrase un estímulo y motivo en la ferocidad legal." (1)

De todo lo anterior, dedúcese lógicamente el argumento de Mancini: "Es antiguo y por desgracia constante el hecho, de que á pesar de la pena de muerte y de su frecuente aplicación, de la atrocidad de su ejecución en algunos tiempos y lugares, todavía acontecen y acontecerán siempre gravísimos crímenes." (2)

Esto prueba la inutilidad del patíbulo, como medio de prevenir nuevos delitos; no tiene, pues, la intimidación y ejemplaridad que se le atribuyen.

A los que obstinadamente sostienen que la supresión á la pena de muerte traería consigo un aumento de crímenes, se les contesta que, es sólo una suposición lo que aseveran y debe hacerse la experiencia suprimiendo el patíbulo, sustituido, desde luego por una detención proporcional y correctiva; entonces podrá con certeza verse si trae ó no un aumento de crímenes. Durante toda la vida de la humanidad, el patíbulo y el verdugo,

(1) Incremento del delito en Italia.

(2) Proyecto de Código Penal Italiano.



con todas sus abominaciones, han sido impotentes para detener el curso de la criminalidad creciente; pedimos, pues, la experiencia contraria. Y ésta por lo general no podría indicar acrecimiento de delitos, está ya hecha en naciones civilizadas y cultas y no señala aumento de criminalidad, antes al contrario.

En Francia y en Inglaterra, omitiendo otros países, las antiguas leyes penales eran atrocísimas en el mayor número de casos, respecto á los cuales se prodigaba el patíbulo.

En tiempos más cercanos á nosotros, la humanidad y la civilización sugirieron á esas dos ilustres naciones, la idea de restringir grandemente el número de delitos capitales.

Pues bien: *las estadísticas sucesivas mostraron, que dichos delitos, respecto de los cuales se abolió la pena de muerte, no crecieron después de la abolición, antes bien disminuyeron.*

Y debía suceder necesariamente de tal suerte, porque si se medita, con ánimo sereno sobre el movimiento de la criminalidad, y se estudia atentamente los hombres, los tiempos y los gobiernos, se muestra desde luego, y se produce el convencimiento, de que la disminución ó aumento de esta perpetua plaga social, no depende del mayor ó menor número, de las más ó menos frecuentes ejecuciones capitales, sino del estado intelectual, moral y económico de los pueblos; del cuidado con que se ordenan los medios de vigilancia y descubrimiento de los delitos; de la bondad de los sistemas penitenciarios, que á la necesidad de la reprensión agregan en cuanto sea posible la enmienda del condenado." [1]

En Toscana, provincia que fué la primera en Italia en abolir la pena de muerte, tampoco se observó aumento de criminalidad. "Y lo sucedido en Toscana, acontece en todos los demás países en los cantones suizos de Neufchatel, de Zurich, de Ticino, de Ginebra y en el resto de Suiza; en algunos de los Estados de Alemania, en los Principados Danubianos, en Portugal, en Holan-

[1] Mancini.—Obra citada.

da y en varios Estados de América, en donde la pena de muerte está abolida. Noble ejemplo que Italia no debería ser la última en imitar; pues, de su seno ha ya casi cien años, salió el primer grito de anatema contra el patíbulo, y pues que sus condiciones de cultura nada tienen que envidiar á muchos pueblos de la tierra."

Esta aspiración de Mancini, ilustre criminalista y político de quién hemos transcrito todo el razonamiento anterior, debido en mucho á sus esfuerzos por el abolicionismo, no tardó en realizarse; en el último Código Penal, que rige en la tierra clásica de los criminalistas fué abolida la pena de muerte, y, en esta nación, tampoco se ha notado aumento de delincuencia proveniente de tan humanitaria medida.

Las anteriores observaciones apoyadas en la evidencia incontestable de los hechos, conducen á reconocer la inutilidad del patíbulo y el verdugo para mantener la seguridad pública.

*
* *

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION ECUATORIANA

Robusteciendo la argumentación, basada en la experiencia, que acabamos de exponer, pasemos á explicar las razones de la falta de intimidación y ejemplaridad de la pena estudiada, que careciendo de ellas, mas bien ejerce influjo pernicioso en los malvados y en la sociedad; lo cual vendrá á evidenciar más el aserto, de que la pena de muerte, ni retrae á los malvados, ni menos ejerce influencia saludable de moralización con el ejemplo.

La pena de muerte, como es la más grave, está reservada, según sus mismos defensores á los delincuentes autores de crímenes atroces, á los de índole más perversa; pero á éstos ningún terror puede infundirles la muerte. El malvado por lo general sólo piensa en ejecutar su delito sin detenerse al frío cálculo de las consecuencias penales que pueden sobrevenir. Además, como hacía notar Mancini, entre ellos se encuentran comunmente esas naturalezas enérgicas y excepcionales á quienes no arredra el peligro de la muerte.

La ciencia experimental y positiva corrobora lo dicho y hace más fácil la comprensión de este fenómeno: Ferri ha observado en los delincuentes una *imprevisión* casi absoluta; y la *vanidad* exagerada, el *egoísmo* monstruoso, la *impulsividad* irresistible, la *falta del sentido* de moralidad y del derecho, la *emotividad* asombrosa, son otros tantos *estigmas* intelectuales que la ciencia ha encontrado en los degenerados y en los delincuentes, y que explican la ausencia de temor al castigo de los delitos, aunque éste sea la privación de la vida. Es impotente é imposible la intimidación en las teorías antropológicas, si el delincuente nace, si en donde se presente la ocasión saltará la *bestia humana* necesariamente en fuerza de su constitución antropológica y atavística; ¿qué intimidación podrá detenerla? Garofalo á pesar de que invoca la intimidación, reconoce que: "los delincuentes de oficio corren con valor los riesgos de su profesión, solamente podrían detenerlos en parte las penas perpetuas; los delincuentes por impulso ó neuropáticos no piensan en las consecuencias de sus delitos como no sean inmediatas" [1].

Es convincente, por otro lado, el argumento de que casi todos los condenados á muerte han asistido á ejecuciones anteriores; varias veces ha sido citada la afirmación de Robín, que en Bristol, de 168 condenados á la última pena 161 habían asistido á otras ejecuciones, según lo declararon.

La muerte dada en nombre de la justicia, es una ocasión de que los malvados fortalezcan su carácter inhumano y que despierten en los *criminaloides* y degenerados tendencias belicosas y sanguinarias, mal reprimidas ó latentes; mas aun cuando en los *candidatos al crimen* hay causas de herencia, psíquicas y morbosas, sobre las cuales ejerce perniciosísimo influjo la vista de la ejecución y el derramamiento de sangre; hasta en los

(1) La Criminología.

hombres honrados y normales “la vista de la sangre vuelve feroces las almas.”

“Hay que ver el aspecto teatral de los tribunales y de las ejecuciones capitales. Allí acuden los peores malhechores y allí encuentran uno de sus placeres favoritos, un medio de instruirse en el mal y de redoblar sus maldades. La pena misma y los medios de ejecutarla, son, por consiguiente, otra forma de delito” [1].

Otro influjo maléfico innegable es: que siendo poderoso movil en los actos el espíritu de imitación, sobre todo, en las clases sin elevada y perfecta educación, halla un pernicioso y fatal ejemplo en el proceder de la justicia. Es conocido el hecho de que los niños en Francia, después del reinado del terror, se entretenían guillotinando llenos de júbilo á las aves y animales domésticos. El Estado castiga con un hecho susceptible de imitarse, como cualquier otro y más, si se dice que en él hay justicia; las clases bajas que no distinguen bien entre el castigo y la venganza aprenderán á castigar como lo hace la *justicia criminal*. Diremos con un defensor de la pena de muerte: “Es pues, el patíbulo una cátedra que se levanta á la luz del día y en medio de una plaza pública, para enseñar prácticamente, á cuantos quieran concurrir á ella, la relación que hay entre el crimen y el castigo” [2]. Allá, pues, debemos acudir para aprender cómo debemos castigar las debilidades y faltas de nuestros semejantes; ésta es la única ejemplaridad humanitaria que produce!

No puede ser despreciado lo anteriormente dicho: Sighele al estudiar la *psicofisiología de la muchedumbre*, demuestra que la imitación ejerce un gran papel, en las manifestaciones instantáneas de la multitud lo mismo que en sus emociones, origen de futuros actos. Esta especie de contagio moral, digamoslo así, ha sido explicado por Despine del modo siguiente: “Así como la resonancia de una nota musical, hace vibrar la misma nota en todas las tablas de armonía que siendo capaces de

(1) El delito, sus causas y remedios.

(2) Padre Jerónimo Montes.—Obra citada.



dar esta nota se hallan bajo la influencia del sonido emitido, de igual modo la manifestación de un sentimiento, de una pasión excita el mismo elemento instintivo, le pone en actividad, le hace vibrar, digamoslo, en todo individuo susceptible por su constitución moral de experimentar más ó menos intensamente los efectos de ese mismo elemento instintivo.”

La manifestación de la venganza y ferocidad social, en la muerte que impone al delincuente, hará vibrar en los espectadores el mismo elemento instintivo. ¿Y ejercerá, siendo así, en los concurrentes inclinados al mal, en los perversos, en los *criminaloides*, como los llama Lombroso, efectos de intimidación y moralizadora ejemplaridad?

En cuanto á los espectadores honrados y buenos sufren una lesión irreparable en su sentimiento *altruista de piedad*, “si hasta los animales, observa Boysaymé, experimentan horror y repugnancia de ver morir á sus semejantes,” ¿cuánta mayor repugnancia no experimentará el hombre, sér mucho más perfecto en su vida afectiva, y en quien la razón ha dado tanto predominio á la solidaridad humana?

En los individuos normales *altruistas* despertaráse compasión hacia la víctima de la pena, y odio y aversión á la justicia que la impone. Los gritos de protesta, los sollozos de compasión y dolor que se levantan de las muchedumbres cuando presencian la matanza de un reo, demostrando están cuánto repugna á la conciencia popular y á la opinión de las masas.

Si la pena de que tratamos, hiere los sentimientos más nobles y humanitarios despertando compasión y simpatía hacia el criminal y odio no al delito, sino á la pena; y si no intimida y retrae á los delincuentes, antes bien ejerce en ellos desastrosa ingerencia, como demuestra la *lógica* abrumadora de los hechos, no es intimidadora ni ejemplar la última pena.

La sociedad, muchas veces con marcada injusticia



envuelve á la familia del condenado en el oprobio y el descrédito que traen consigo la miseria; condenados al aislamiento por esa marca infamante, y señalados por todos, esos seres en quienes la herencia, el ejemplo y el medio ambiente, habrán depositado probablemente gérmenes de delito; ¿cómo no han de fecundar y desarrollarse al calor de las circunstancias desgraciadas que les oprimen? La injusticia con que se los condena á la infamia exacerbará su ánimo, en el que acumulados rencores y venganzas estallarán al fin en un delito; y la sociedad que muy poco se ocupa de la infancia moralmente abandonada, ni de educar con especial cuidado á los hijos de criminales; la sociedad que no prevé sus delitos, como debiera, buen cuidado tendrá de castigar sus crímenes, resultado muchas veces de la desgracia, el abandono y la miseria, antes que de absoluta perversidad moral.

La eminente escritora española señora Concepción Arenal, en un interesante opúsculo titulado "El Reo, el Pueblo y el Verdugo," demuestra el triple pernicioso influjo de la ejecución de la pena en el reo, la sociedad y el verdugo, y su brillante exposición viene á hacer ver claramente que: "La vista del reo y del patíbulo impresionan precisamente en sentido inverso de lo que debía impresionar para ser útil. Aflije, aterra, transtorna á la persona buena, que no ha menester de la terrible lección; y la ve con indiferencia el que la necesitaba."

Nosotros, viniendo á resultado análogo al de Carnevale, hemos señalado la influencia maléfica y deletérea, en la familia del ajusticiado, en la sociedad ordinaria y más aun en los criminales.

Sobre todo, los dos últimos de estos perniciosos efectos, tan evidentes son, que no han podido ser desconocidos por los defensores de la pena capital, y, por esto, los últimos penalistas que la defienden están en su mayor parte acordes, que debe ejecutarse en secreto para evitar estos resultados maléficos.

Este sigilo, es una prueba más de la innecesidad é inconveniencia de la pena, viendo sus perniciosas influencias, su inmoralidad y oposición á la conciencia del pue-

blo en cuyo nombre se ejerce, huye de él para ser consumada en el silencio y el secreto como un crimen alevosamente premeditado. Aquí tenéis un acto en que con razón la llamada justicia se avergüenza de si misma.

*
* *

Otras cualidades, además de la intimidación y ejemplaridad, debe reunir la pena, basadas ya en la justicia, ya en la razonable conveniencia social, y las principales son: *reparabilidad, divisibilidad, igualdad, personalidad, certeza, correccionalidad, etc.*, y que, basta enunciarlas para conocer claramente que la pena capital no las reúne, como han demostrado muchos autores y con especial detención Pérez de Molina, autor tantas veces citado, en este modesto ensayo con el respeto y admiración que merece.

La pena de muerte no reúne las cualidades de la verdadera pena, exigidas por su misma naturaleza, y diremos con Ellero: "Todas estas razones demuestran que la pena de muerte, aunque fuese justa, no sería idónea: porque no consigue el fin que debe proponerse la pena ó lo consigue mal, ó lo consigue á muy alto precio; por consiguiente, tales razones deben ser otros tantos motivos que sirvan para persuadir del deber de proscribir esta pena, á todos aquellos que impasibles á la justicia no se ablandan sino ante consideraciones de utilidad y conveniencia."

*
* *

Ligeramente hemos demostrado que la pena de muerte no es intimidadora ni ejemplar; al contrario, es de consecuencias desmoralizadoras y funestas; no reúne las condiciones de la pena y los hechos de las naciones que la han abolido convencen de su inutilidad para la defensa del orden y la seguridad sociales. Luego la pena de muerte es inútil é inconveniente.

*
* *
*

Resumiendo: dijimos que eran dos los fundamentos de la legitimidad: la justicia y la utilidad social; en ninguno de éstos se apoya la institución de la pena de muerte; hemos demostrado que es injusta, inútil é inconveniente: luego es absolutamente ilegítima. Y podemos repetir el grito formidable de reto y de protesta del primer impugnador de ésta pena: “¿Qué derecho pueden alegar los hombres para degollar á sus semejantes?”

CAPITULO II

LA PENA DE MUERTE Y LA ESCUELA CRIMINOLÓGICA POSITIVISTA



La larga disputa sobre la pena de muerte parecía tocar á su fin, era sostenida ya sólo por un escaso número de pensadores y criminalistas; en la magna lucha contra el patíbulo, el abolicionismo triunfaba en toda la línea, y los escritos cada día más raros en defensa del último suplicio, eran como los últimos disparos de los soldados dispersos de un ejército en derrota; pero surgió de pronto un buen número de defensores con la aparición de la que se llamó al principio *Escuela penal positiva italiana*.

Nació esta escuela en el último tercio del siglo diez y nueve y fué el resultado de la aplicación del método experimental y positivo á la ciencia penal y al estudio de la anomalía del delincuente.

La filosofía y las ciencias sociales habían llegado á un idealismo en muchos puntos exagerado: la ley de las reacciones se cumple también en las esferas del pensamiento, y como una reacción contra el espiritualismo idealista, indican muchos escritores, se inició la filosofía positiva basada, como su nombre lo indica, en el método

positivo de la observación y la inducción, medio de conocimiento, que tantos adelantos y descubrimientos produjo en las ciencias naturales, y cuya excelencia y superioridad era proclamada por los evolucionistas.

La historia del Derecho Penal demuestra que en esta ciencia, más que en ninguna otra, se han hecho sentir las diferentes tendencias de los sistemas filosóficos; no podía sustraerse al adelanto de "*la rama de la historia natural que trata del hombre y de las razas humanas* (Antropología)"; y al de la "*ciencia que estudia á la sociedad como un organismo natural y fisiológico* (Sociología)." La Antropología y la Sociología, por sus bastísimos campos de investigación y su naturaleza enciclopédica, llevaron sus corrientes á toda clase de conocimientos humanos; y del gran desarrollo de estos estudios y con la aplicación del método positivo á la ciencia penal, como ya advertimos, surgió la Nueva Escuela con los notabilísimos trabajos de Lombroso, Ferri y Garofalo.

No trato de estudiar ó criticar de un modo general las nuevas teorías, para esto sería necesario extensos libros, como los escritos al respecto por Tarde, Dorado Montero, Aramburu, Luchini etc.; y una suma de conocimientos y erudición que no los poseo; y, sólo para aclarar un tanto las ideas, tomaré la siguiente síntesis de las conclusiones de la nueva escuela, hecha por Aramburu: "La sociedad no es más que esto: un propio organismo que pugna por conservarse y desenvolverse á la manera que lo efectúan los restantes organismos; el clásico derecho de castigar es el derecho de una fuerza defensiva que la necesidad impone y sólo ella limita; el delito es un fenómeno natural, un producto fatal de factores varios, físicos, antropológicos y sociales; el delincuente, célula de aquel organismo, es un sér anómalo que se presenta como inadaptado al medio en que aparece y que se diferencia entre sus congéneres por razón de su anomalía peculiar, según la cual es criminal nato, loco moral, ó reo por pasión etc.; la pena, reacción de la sociedad contra el delincuente, es en primer término un medio *eliminativo* del elemento dañoso, siquiera en el sistema de defensa contra el delito, se enumeran también,

al par de los *eliminativos*, los medios preventivos reparadores y represivos.” (1)

La ley de la herencia, la incorregibilidad, el atavismo son axiomas para los positivistas, y el determinismo, como dice Fioretti, es el eje principal del sistema.

Angelo Vaccaro uno de los adeptos y críticos del positivismo penal indica: “La Nueva Escuela tiene por fundamento dos principios sociológicos íntimamente ligados entre sí: 1º la aplicación de las leyes darwinianas á la ciencia social y 2º la consideración de la sociedad como un organismo viviente.” Unida á las ciencias naturales y en especial á la Biología y á la Sociología la escuela positivista propone: “Un sistema represivo fundado en los principios darwinianos de adaptación y selección, principios dominantes en la nueva criminología.” (2)

Limitándome al punto concreto de mi estudio aclararé, ante todo, que no todos los positivistas son partidarios de la pena de muerte; entre los impugnadores de la eliminación pueden citarse nombres tan esclarecidos como los de Tarde, Ferri, Puglia y otros. En el Congreso de Antropología Criminal de Roma, en 1885, aunque hubo una acalorada discusión nada se resolvió al respecto, lo que prueba la diversidad de pareceres. La mayoría, tal vez, de los adeptos al positivismo la defienden desididamente; así se explica la atrevida proposición de Lioy en el citado Congreso, proposición que fue hecha en los siguientes términos: “El Congreso, considerando que la evolución se produce por selección y que la pena de muerte representa precisamente la eliminación del cuerpo social de los criminales comunes no susceptibles de adaptación á la vida social, declara: que esta pena es consecuencia de los principios á las ciencias naturales y antropológicas.” (3)

Hay lógica aparente en estas conclusiones: si la sociedad es un organismo debe estar sujeta á las leyes de los organismos, y las leyes de la lucha por la vida de la

(1) Notas á la traducción de la obra “Elementos de Derecho Penal” de E. Pessina.

(2) Palabras de Garofalo en “La Escuela Criminológico-Positivista,” tomo de Polémicas de Lombroso, Ferri, Garofalo y Fioretti.

(3) Tomado del Apéndice de J. M. Torres Campos á la traducción de “La Antropología y el Derecho” de JJ. Tavares de Medeiros.

selección, de la adaptación se invocan para eliminar á los delincuentes natos, á los habituales, á los incorregibles y recidivistas.

Se invocan estas leyes darwinianas, y así estudiaremos cada una de ellas prescindiendo de los metafóricos sentidos que se les han dado. Expondremos la teoría, y, para rebatirla nos valdremos de los mismos principios, volviendo contra ellos su misma dialéctica; la discusión científica es la lucha de las ideas y en ella debe ponerse en práctica la célebre frase de los guerreros americanos: "armas, las del enemigo."

§ I

LA LUCHA POR LA VIDA

Darwin, observando que el hombre escoge entre los animales y plantas los mejores y más adecuados para la reproducción y así perfecciona y mejora las especies, indagó alguna fuerza análoga en la naturaleza y pudo encontrar la lucha por la vida, (*struggle for life*) que en la hipótesis darwiniana está íntimamente ligada á la selección; pero que las estudiaremos separadamente, por ser en realidad dos principios distintos.

Darwin dice de la lucha por la vida: "Como se reproducen más individuos de los que es posible que sobrevivan, tiene que haber forzosamente en todos los casos lucha por la existencia, ya del individuo con otro de la misma especie, ya con los de especies distintas, ya con las condiciones físicas de la vida. Esta es la doctrina de Malthus *aplicada con múltiple fuerza* al conjunto de los reinos animal y vegetal, porque en este caso no hay aumento artificial de alimento y limitación prudente del enlace de los dos sexos, y, aunque algunas especies aumenten en la actualidad en número con más ó menos rapidez, todas no pueden hacerlo así, porque no cabrían en el mundo." (1)

(1) El origen de las Especies, traducción de Enrique Godinez.

Los extensos capítulos de Darwin sobre esta ley, á mi modo de ver, pueden resumirse así: Todo organismo produce muchos más descendientes de los que pueden vivir y desarrollarse, en el mundo exterior tienen que buscar las condiciones indispensables de la existencia, y, como estas condiciones son limitadas, no proporcionan la posibilidad de vivir sino á un reducido número de organismos, que son los mejores y más fuertes, los que más se adaptan al ambiente; los más numerosos son los débiles y sucumben en la concurrencia vital.

Aclaremos que no son los mejores los que precisamente triunfan en la lucha. Spencer enseña que los más adaptados (1) y Darwin reconoció esta verdad y dijo: "Pero la expresión usada á menudo por Herbert Spencer de que sobreviven los más adaptados, los más idóneos es más exacta." (2)

Esta ley tan general y lata, veamos cómo ha sido interpretada por los partidarios de la eliminación: según ellos, los criminales son los más débiles, pertenecen á los vencidos en la lucha por la existencia, los que no se adaptan al medio, luego como la naturaleza, debemos eliminarlos.

Con una claridad aterradora escribe Lioy: "La lucha por la integridad del cuerpo social, como la lucha por la existencia no necesita otra cosa que la eliminación. Lo demás: segregación, silencio, sufrimiento, no es necesario; es inhumano y atroz. Cuando el perro rabioso muere no lo sometemos á tormentos, lo matamos. La muerte en este caso es una gracia, es una piedad."

"La nueva Escuela considerada bajo este punto de vista es humanitaria, porque á las angustias de un ser viviente sepultado en el ergástolo prefiere la muerte, ley suprema de la naturaleza." (3)

Lombroso escribe al hablar de la pena de muerte: "Pretender que ésta va contra las leyes de la naturaleza, es fingir que se ignora que esta ley está escrita en su libro con caracteres muy claros y que hasta los progresos

(1) Creación y Evolución, traducido por A. Gómez Pinilla.

(2) Obra citada.

(3) La Nueva Escuela Penal, Exposición popular por Alejandro Lioy.

del mundo orgánico están fundados enteramente en la lucha por la existencia seguida de feroces hecatombes." (1)

La misión de la justicia penal debe ser idéntica á la de la naturaleza, según la teoría de los positivistas, lo dice claramente Garofalo: "Es un principio biológico que el individuo desaparece cuando sus imperfecciones le impiden soportar la acción del medio ambiente. La diferencia entre el orden biológico y el moral consiste en que en el primero, la selección (eliminación) se hace espontáneamente por medio de la muerte de los individuos que carecen de aptitud, mientras que en el segundo caso, *siendo el individuo físicamente apto para la vida* y no pudiendo vivir fuera del medio ambiente, al cual, sin embargo no puede adaptarse, debe hacerse la selección artificialmente; es decir, *por el poder social que debe obrar como la naturaleza en el orden biológico.*" (2)

Expuesta ligeramente la teoría presentaremos las observaciones surgidas al estudiarla.

*
* *

La ley de la lucha por la vida es demasiado clara y general, en virtud de ella se exige la muerte de los delincuentes; pero los positivistas deben ser lógicos con el principio proclamado y pedir que se cumpla tal cual es en la naturaleza, y en consecuencia en el gran combate por la vida de la humanidad, todos los enfermos, los niños, los ancianos, los mendigos y proletarios; en una palabra, todos los débiles deberían ser eliminados.

No se crea que exageramos el alcance de esta ley, Haeckel amigo y discípulo de Darwin ha dicho, combatiendo al socialismo con el darwinismo: "La cruel y despiadada lucha por la existencia que en todas partes pesa sobre la naturaleza animada, y que debe naturalmente inferir esa eterna é inexorable concurrencia de todo lo que vive, es un hecho innegable. Sólo el pequeño nú-

(1) El Delito sus causas y remedios.

(2) La Criminología.

mero de elegidos de los más fuertes ó de los más aptos está en condiciones de sostener victoriosamente tal concurrencia, y la gran mayoría de los desgraciados concurrentes debe perecer." [1]

Y el caritativo Malthus predica á todos los miserables: "Un hombre que nace en un mundo ya ocupado, si su familia no tiene medios de proporcionarle el sustento, ó si la sociedad no le necesita, no tiene el menor derecho á reclamar nada, está de sobra en la tierra. En el gran banquete de la naturaleza no hay sitio para él. La naturaleza le manda irse y no tarda en poner en ejecución este mandato. Cuando la naturaleza se encarga de gobernar y castigar, sería una ambición ridícula pretender arrancarle el cetro de las manos. Este hombre debe pues sufrir el castigo á que por su indigencia le condena la sociedad: Es preciso hacerle comprender que las leyes de la naturaleza le condenan, lo mismo que á su familia á los sufrimientos y que sino mueren de hambre lo deben solamente al compasivo bienhechor que, socorriéndoles, desobedece á las leyes naturales." [2]

Se invoca el principio seriamente, pues aceptémoslo tal cual es con todas sus consecuencias. Apliquémoslo del mismo modo que la naturaleza: *"la lucha por la integridad del cuerpo social, como la lucha por la vida no necesita otra cosa que la eliminación."*

Dejemos á un lado todas las ridículas sensiblerías morales y religiosas; eliminemos á todos los proletarios y á todos los débiles que son los vencidos, *"la mayoría de los desgraciados concurrentes debe perecer."* ¿Por qué violar las leyes naturales con la filantropía y la caridad? Nada son las conquistas del derecho y de la justicia; nada valen las grandes concepciones de amor y de fraternidad ante las inexorables leyes naturales; no desobedecemos esas leyes respetando la vida de los enfermos y degenerados, y partiendo nuestro pan con los mendigos.

Digamos con M. Lavisse dice: "Los filósofos del siglo pasado pusieron de moda el sentimiento de la fraternidad en la humanidad; hoy la más extendida de las

(1) E. Haeckel, citado por Ferri en *Sociolismo y Ciencia positiva*.

(2) *Ensayo sobre la población*.

filosofías, la que ha penetrado en las ciencias, enseña la necesidad de la lucha por la existencia, *la legitimidad de la selección que se cumple con la muerte y la ilegitimidad de la debilidad.*"

Exterminemos á todos los débiles: "el poder social debe obrar como la naturaleza en el orden biológico"— pide Garofalo—; y, como dice Le Bon: "La naturaleza profesa intolerancia absoluta con la debilidad. Todo lo que es débil está condenado á perecer: sólo respeta la fuerza." (1)

Aun más, en la lucha por la vida, en la naturaleza, los vencedores se comen á los vencidos; la autoridad debe obrar como ella, y debería comérselos á los vencidos, á los débiles y á los criminales.

¿Pero, para qué la autoridad y su acción? Los animales y las plantas se eliminan mutuamente en la concurrencia vital: la guerra y, sobre todo, el canibalismo son la copia más fiel de ese combate; y si hemos de seguir á las fuerzas ciegas y á las leyes brutales, puede reducirse á esta fórmula exacta, la ley de la lucha por la vida, aplicada á los hombres: "*comeos los unos á los otros.*"

Esta ley, rigiendo los destinos de los hombres, conduciría á la destrucción completa. Convirtiera el mundo en un banquete de canibales; sólo los fuertes fueran los llamados á ese festín de antropófagos, donde se hartarían de los despojos de las víctimas, tostados en las brazas del incendio que consumiría la obra redentora de la civilización.

A esto nos conduciría la ley de que hablamos; y los que con tanto valor invocan el principio, no deberían ser cobardes ante sus consecuencias. Intencionalmente he tomado palabras textuales de los positivistas; apoyado en ellas he desarrollado la doctrina; no se crea que el alcance dado á esta ley es una declamación sin fundamento.

(1) Psicología del Socialismo.

*
* *

Felizmente aun en el campo biológico y de las leyes naturales, encontramos razones que oponer al dominio absoluto de la competencia vital.

Es verdad que cada sér orgánico produce más gérmenes de los que pueden desarrollarse, y esto ocasiona el rigor del inexorable combate por la vida y las hecatombes del mayor número, que son los vencidos; pero es evidente que, á medida que pasamos del reino vegetal al animal y de las especies inferiores á las superiores, observamos que la exagerada fecundidad decrece notablemente y se atenúa en consecuencia el rigor de la lucha vital, y va aumentando el número de los que sobreviven; por ejemplo, los helechos producen millones de esporos, y las palmeras dan pocas docenas de semillas al año; hay insectos y, sobre todo, peces que tienen millares de huevos; en el mismo tiempo, los elefantes y los monos (nuestros primos hermanos, según el darwinismo) sólo tienen pocos descendientes en toda su vida.

En el campo biológico aumenta el número proporcional de los vencedores, á medida que ascendemos en la escala de las especies; en los animales superiores, de los seres nacidos, por lo general, el mayor número sobrevive. El hombre ocupa la cima más elevada, es el último eslabón de la cadena de los seres, prescindiendo de la hipótesis del superhombre; su coeficiente de multiplicación es menor que el de todos los mamíferos, exceptuando al elefante. Es inmensamente menos prolífica que los vegetales y los animales la especie humana, y en ella será muchísimo menor en sí misma y en sus efectos, la ruda competencia por la vida.

Pudiera hasta negarse en lo absoluto su influjo, apoyándose en la desigualdad completa de los seres humanos en el punto de partida para esta lucha, pero no apelaremos á este recurso. La naturaleza ciega cumple su ley entre los hombres, si bien atenuada y debilitada en gran parte: no todos los nacidos viven como lo demuestra la ley de mortalidad; muchos sucumben ó hallan una muerte prematura por las enfermedades y diversos accidentes;

pero en esto mismo me apoyo, para argüir en contra de la eliminación de los criminales: los delincuentes existen porque han sido vencedores en la lucha por la vida, son del número de los elegidos y la naturaleza los conserva; respetemos la obra de ella; nadie, menos la autoridad, puede destruirla.

Según la escuela positivista, el criminal ha nacido inclinado necesariamente al delito por un organismo que él no se ha dado, sino la naturaleza y el medio ambiente; apto es para la vida física, no podemos eliminarlo. "El poder social debe obrar como la naturaleza en el orden biológico," es el principio positivista. Pues bien, la naturaleza respeta á los criminales, ella los conserva; la autoridad debe respetar su vida.

*
* *

Darwin explica: "Por naturaleza entendemos solamente la acción agregada y el producto de muchas leyes naturales; entendiendo por leyes la serie de sucesos que hemos averiguado por nuestra propia é individual experiencia." (1)

En esa agregación armónica de leyes que forman la naturaleza, muchas hay opuestas á la destrucción y contrarrestan y anulan los efectos atribuidos á la competencia vital; citaremos la solidaridad, la simpatía, el altruismo.

La solidaridad es la que prevalece y reina en las agrupaciones de animales superiores; sólo por excepción, en circunstancias anormales, se efectúa la lucha entre individuos de la misma especie; y, en cambio, la asociación para la defensa y conservación de la especie, el apoyo mutuo, se practican generalmente, obedeciendo á los instintos sociales y simpáticos; basta leer un tratado de Historia natural para convencerse de lo verdadero de este aserto. La gran ley de solidaridad, cuyos albores han creído sorprender por muchos naturalistas, hasta en la agregación mineral y en las inconcientes agrupaciones

(1) Origen de las Especies.

de los vegetales, es indudable que, en las sociedades animales, es cumplida fielmente; no acudiremos á otro naturalista, ya que es tan respetable la autoridad de Darwin; él trae numerosos y elocuentes ejemplos del modo como se auxilian y de los servicios mutuos que se prestan los animales asociados. (1) El hombre es el animal social por excelencia, y en él la solidaridad, la simpatía, el altruismo son sentimientos que cada día van aquilatándose y á los que la herencia, el hábito y la reflexión perfeccionan y desarrollan. Según la tesis darwiniana: "*Los instintos sociales más duraderos vencen á los menos persistentes*": en colisión, pues, los sentimientos altruistas, con los antisociales, deben vencer racionalmente los primeros, deben predominar la solidaridad, la simpatía sobre los bajos instintos de lucha y destrucción.

Según Darwin, "la mejor y más alta distinción entre el hombre y los demás animales consiste talvez en el sentido moral, y, haz á los hombres lo que quieras que ellos te hagan, es el principio sobre el que reposa toda la moral," Este sentido constituye *la más alta distinción del hombre*; en él deben tener su origen todas nuestras acciones y él condena todas las matanzas y todos los atropellos al derecho inviolable de la vida. En este gran principio se funda la aspiración á la solidaridad humana, á la fraternidad y á la igualdad universales; en nombre de estas se clama que, si todos los hombres libramos el combate de la vida, unidos y apoyados mutuamente, todos debemos salir de esa lucha vencedores.

La necesidad de luchar por la existencia es un lazo de unión, un motivo poderosísimo para el auxilio común entre los hombres. Apoyemos esta lógica consecuencia, en lo dicho por el sabio darwinista alemán Buchner: "La sociedad entera, que no experimenta bien alguno de tal estado de cosas, debe comprender que valdría más que todos sus individuos aunasen sus esfuerzos, se sostuvieran uno á otro y tendiesen al mismo objeto, *es decir, á sacudir el yugo de las fuerzas naturales*, en lugar

[1] Origen del Hombre, C. II y III.—Facultades mentales del hombre y de los animales inferiores.

de gastar sus mejores fuerzas en desgarrarse y explotarse mutuamente. La rivalidad, tan útil en sí misma, debe subsistir; pero la antigua y ruda forma de destrucción y exterminio que ofrecía la lucha para la existencia en el pasado, debe manifestarse en una forma ennoblecida y propiamente humana de la concurrencia para el bien general. En otras palabras, en el lugar de la lucha para la existencia, debe sustituirse la lucha por la existencia; en vez del hombre, la humanidad; en vez de la guerra intestina, la armonía general; en vez de la infelicidad personal, la general felicidad; en vez del odio general, el universal amor." (1)

No queremos argüir, por no alargar la materia, que la prisión es un medio eliminativo, que concilia la seguridad con la humanidad. Hemos visto que la ley de la lucha por la existencia no puede ser fundamento suficiente para eliminar á los criminales, pues está contrastada por otras leyes naturales.

§ II

SELECCION

Según el transformismo darwiniano, la lucha por la vida asegura la supervivencia de los mejores, de los más adaptados; estos son los elegidos para la conservación y reproducción de la especie. En la interminable lucha van eliminándose las variaciones desfavorables y fijándose y persistiendo hereditariamente las diferencias útiles. La naturaleza elige los mejores para la evolución progresiva y elimina los organismos dañosos al mejoramiento de la especie. Esta es la ley de selección natural ó supervivencia de los más adaptados.

Darwin dice: "He dado el nombre de selección natural á la persistencia del más apto, á la conservación de

[1] El Hombre y su lugar en la naturaleza, traducción de E. Sams y Castelin

las diferencias y variaciones individuales favorables y á la eliminación de las nocivas." [1]

En la selección artificial la voluntad humana suple á la naturaleza.

Los adeptos á la escuela positiva se afanan porque las leyes de la evolución se practiquen por la sociedad, y quieren eliminar á los delincuentes; suprimir esos elementos nocivos á la especie por sus anomalías psíquicas y físicas que, transmiten á sus descendientes por la innegable ley de la herencia. Dado este supuesto, tratando de la selección exclaman: "Por qué esto que tan admirablemente hace la naturaleza en el orden físico, no debemos hacerlo nosotros en el orden moral? ¿Por qué una selección artificial realizada por los poderes sociales no puede ejecutar la obra de la selección natural que ejecuta la naturaleza?" [2]

Lombroso, Garofalo y otros encarecen la virtud de este procedimiento para mejorar la raza, é impedir el nacimiento de seres con inclinaciones criminales.

Lioy, presenta sencillamente la doctrina: "La evolución procede por selección, esto es, por escogimiento. Las variaciones favorables se fijan en la raza; las nocivas se eliminan. La justicia penal será una obra de selección social. Eliminar con la muerte y con la relegación á todos los individuos nocivos que no encuentren adaptación en el consorcio civil. El salvaje que aparece por atavismo, por selección debe desaparecer."

Esta es la teoría de los criminólogos darwinistas. Veamos algunas razones en contra.

* * *

Sentados ciertos principios las consecuencias que de ellos nacen son lógicamente inevitables; la naturaleza suprime los organismos nocivos, impide su reproducción; si lo propio debe hacerse en las sociedades, debe acudir-se á la Fisiología y á las ciencias médicas, ellas seña-

[1] Origen de las especies.

[2] A. Lioy, obra citada.



lan las enfermedades y vicios orgánicos hereditarios, todos los que tengan y puedan transmitir esas variaciones desfavorables deben suprimirse del consorcio humano. ¡Cuánto se mejoraría la raza suprimiendo los enfermos que dejan hijos degenerados!

Practiquemos la selección espartana como quiere Haeckel: "Los antiguos espartanos debían en buena parte su bravura, su fuerza corporal y su belleza, lo mismo que su energía y su poder mental, á la viaja costumbre de matar á los niños débiles ó contrahechos. La misma costumbre prevalece hoy en algunas tribus salvajes. Cuando en mi *Historia de la Creacion* indiqué las ventajas de la selección espartana, los periódicos religiosos me atacaron con violencia; pero ya pregunto: ¿Qué provecho saca la humanidad de conservar la vida á millones de lisiados, sordomudos, idiotas, etc? No sería mejor librarles del mal que les oprime?" [1]

La estadística y la ciencia positiva demuestran el efecto nocivo del alcoholismo crónico en el individuo y en sus descendientes; los criminales son retoños de borrachos, ó frutos de la prostitución: acabemos con estas máquinas que producen irremediadamente, *carne de patíbulo* ó *carga de deportación*.

Los parias de las modernas sociedades por el trabajo antihigiénico y exagerado, por las habitaciones insalubres, por la falta de alimentos, por sus viciosas costumbres, por todas las degeneraciones que la miseria va acumulando, tendrán hijos raquiticos, idiotas, deformes; seamos previsivos, exterminemos esos seres deletereos.

Los héroes, los guerreros son una *variedad de asesinos*, para algunos positivistas, evítese también que transmitan esas perniciosas cualidades.

Gran parte del mundo está poblado por razas primitivas, por tribus de salvajes. Entre los salvajes "el tipo del criminal nato es el tipo étnico común;" impidamos á toda costa su difusión ¡mejoremos la especie!

En Resumen: los salvajes, los enfermos, los crimi-

[1] Disertación biológica, "Maravillas de la vida."

nales, los degenerados, gran parte de los miserables; la mayoría de la humanidad debería extirparse para mejorar la especie, para practicar la selección: “¿Por qué una selección artificial realizada por los poderes sociales no puede ejecutar la obra de la selección natural ejecutada por la naturaleza?”

La selección no sólo se refiere á los criminales, sino, á todas las *variaciones nocivas* á la especie, á eliminar todas éstas, nos conduce el principio del positivismo.

* * *

Por la ley de selección natural sólo persisten las variaciones favorables, útiles á la especie; si esta es ley inmanente de la vida; si la naturaleza cumple en todos los organismos ¿cómo, no ha eliminado á los criminales? ¿Por qué los conserva violando sus leyes? El atavismo no es suficiente para explicar la existencia de organismos, de individuos nocivos, al través de millares de años de luchas y selecciones. No hay medio: la naturaleza no sujeta al imperio de esta ley á la humanidad, ó los criminales no están comprendidos en ella y no han desaparecido en la selección evolutiva por ser de alguna utilidad.

Lombroso ha tropesado con una dificultad análoga, que le ha llevado á encontrar la *simbiosis del delito*; descubrimiento que consiste en: “utilizar á los malhechores en aquellos trabajos que están en armonía con sus instintos atávicos.”

Perfeccionadas y desarrolladas esta clase de observaciones darán por resultado, como dice Lombroso: “La creación de instituciones que permitan utilizar al delincuente lo mismo que al honrado, en ventaja de uno y otro, con tanta más razón cuanto que á veces el delito nos revela el lugar donde se encuentran las más infectas llagas sociales á manera que el cólera, localizándose en los barrios más malsanos de la ciudad, indican donde deben recaer preferentemente los cuidados de la higiene.” (1)

(1) Obra citada.

Estúdiense mejor y más detenidamente por todos sus aspectos á los delincuentes, aplíqueseles esa *terapéutica esporádica* que torna las energías y tendencias criminales, en esfuerzos saludables para el trabajo y el bien. Ayudemos á *la gran fuerza medicatriz de la naturaleza*, sin olvidar que aun cuando fuera legítimo imitarla en la esfera de la moral y el derecho, no estaríamos facultado; á seleccionar á los malhechores en nombre de la misma naturaleza que los modela y conserva fuertes y longevos.

Empleemos todos los conocimientos útiles en bien de los demás y en el nuestro: en la vida orgánica hay procedimientos biológicos que pueden volver útiles los organismos dañosos, combinándolos sabiamente entre sí; apliquemos á los criminales la simbiosis; no la selección.

Los postulados y conclusiones de los estudios positivos lejos de inclinarnos á excesos seleccionistas, nos mueven, mejor que los de ninguna otra escuela, á la conmiseración y piedad. Según la moderna criminología, completamente determinista; el criminal es un irresponsable determinado al delito por su organización fisiológica, por la herencia, el medio, etc. Es considerado un loco moral, un efecto del atavismo, ó del organismo degenerado; como un enfermo, en una palabra, y en su dolencia ninguna culpabilidad tiene. Si estas afirmaciones en gran parte aceptables, llegan á ser evidentes por descubrimientos y estudios posteriores, tanto mejor, las penitenciarias serán casas de curación, educativas ó correccionales. La justicia penal tornarase en "una medicina física y moral," como quiere Ferri; ó "en una medida sanitaria para curar el desorden mental ó moral de los enfermos malhechores," según opina Tarde.

La idea jurista de que la pena es un mal desaparecerá, en esa tendencia, conformes se hallan los correccionistas y los publicistas de la tercera escuela en formación, llamada positivismo crítico. Se distingue entre los últimos el sabio Profesor de Salamanca, quien, en su ponencia presentada al Congreso de Antropología criminal de Amsterdam, dice: "Hay que acabar de una vez y para siempre con las penas, para no acudir en todos los casos

sino á medidas de preservación, de curación y tutela. Hay que ver en todos, absolutamente en todos los llamados delincuentes, seres infelices, tan necesitados de nuestra conmiseración y ayuda como todos los débiles y desgraciados." (1)

La represión del delito como hoy se considera, será sustituida por el *tratamiento* adecuado para cada clase de criminales, cuando más, acudirase á la reclusión indefinida para los no susceptibles de mejora, y esta creencia de hombres incorregibles desaparecerá con los prodigiosos adelantos de la Pedagogía Correccional ó Patología Pedagógica. En fin, por incurable que sea el enfermo, no se concibe racionalmente que el único procedimiento medicinal sea el de la muerte.

*
* *

Factores físicos, antropológicos y sociales, son las causas productoras del delito. La sociología criminal y la experiencia demuestran el prodominio del medio social en la mayor ó menor criminalidad de un país; todo ese cúmulo complejo de circunstancias componentes del ambiente físico y social, contribuyen á determinar la gravedad y frecuencia de los atropellos contra el derecho. Según los estudios de Tarde, Vaccaro, Drill, Deklerew, Plugiese, Benedikt, Lacassagne y otros, el medio es el todo en la generación de los delitos, modela y forma los seres que viven en él. Ahora bien, suponiendo que pudiera cumplirse la selección, ésta sería inútil; los criminales son víctimas del medio ambiente y existiendo la causa volvería á producir degenerados y malhechores, y para extirparlos fuera necesario formidables hecatombes periódicas y sucesivas.

La sociedad tiene gran parte de la culpa en las explosiones de la delincuencia, la ley, estadística de *saturación criminal* descubierta por Ferri demuestra matemáticamente que: "el número y la calidad de los crímenes

(1) La Pena propiamente dicha ¿es compatible con los datos de la Antropología y Sociología criminales?—Pedro Dorado Montero—"Estudios de Derecho Penal Preventivo."



y delitos en cada país están determinados cada año por las condiciones del medio físico y social y por las disposiciones bio-psíquicas de los individuos.” (1)

Esa participación llamada *complicidad social*, debe atenuarse empleando todas las medidas preventivas, los sustitutivos penales, como dice Ferri: “Así como para la salud pública y privada la higiene vale más que la terapéutica y ésta más que la cirugía, del mismo modo, para la salvaguardia de la sociedad frente á la criminalidad, es un remedio infinitamente más eficaz (aunque más difícil de practicar) la higiene social para la eliminación de las causas de la criminalidad, que la terapéutica ó la cruenta cirugía de la justicia penal.” (2)

Causa justa indignación, que se quiera dar derecho de selección natural contra los criminales á las sociedades modernas, ellas de todas maneras sólo practican la selección á la inversa, es decir, no en beneficio de los mejores ó más fuertes, sino de los favorecidos de la fortuna, de los adaptados á la degradación, y al ambiente corrompido de las decrepitas babilonias modernas.

Por la selección militar se escogen los jóvenes sanos, aquellos en quienes desbordándose está la exuberante savia de la vida, para condenarles al ocio inmoral de los cuarteles, donde por conseguir que sean esclavos de la disciplina se mata el legítimo orgullo, la iniciativa individual, las benéficas rebeldías de la dignidad y el carácter. Esto, cuando no les toca la suerte de tomar parte en las guerras actuales, perecen en ella los valientes, los primeros en atacar al enemigo oculto y lejano.

El servicio militar por ventajas que tenga, hace instrumentos de destrucción, aísla de sus hogares á los más vigorosos y no obliga á los raquítricos, los cuales quedando en la sociedad tienen más facilidades para reproducirse.

Selección matrimonial.—Tampoco el matrimonio es un medio para unir los individuos más capaces de formar una generación robusta: el adelanto mercantilista, lo ha

(1) Tomado de Lombroso—Aplicaciones judiciales.

(2) Justicia Penal.

viciado en su origen por el interés de la riqueza y ha venido á ser mirado por la mayoría como el mejor contrato financiero.

Selección Intelectual.—Por mucho que se haga por generalizar la educación de hecho, no alcanza á la mayor parte de las clases infelices, poco ó nada se adelanta en la ilustración colectiva, los niños en los grandes centros industriales son arrancados á destiempo del hogar para sujetarles al trabajo fabril, y la desesparante lucha por conseguir el pan cotidiano no deja tiempo al desarrollo intelectual.

Comunmente en la naturaleza hay igualdad de condiciones en el punto de partida en la lucha para la existencia, y se concibe entonces, que lo victoria alcancen los mejores, los individuos dotados de diferencias favorables y útiles. Entre los hombres circunstancias accidentales hacen imposible la igualdad en el punto inicial para la lucha: la riqueza, la acumulación de bienes, cambia por completo las condiciones de los individuos, asegurando la supervivencia no á los mejores, sino á los agraciados por la fortuna.

Aun cuando sean débiles y raquíticos, más probabilidades de subsistir tienen los hijos de los capitalistas, rodeados de todas las comodidades y atenciones que los fuertes y llenos de salud, cuyos padres apenas pueden darles un escaso alimento. Lo observado en los niños, pasa de modo más notable entre los hombres: los acaudalados tienen asegurado el sustento propio y familiar, los obreros emplean sus esfuerzos diariamente en la lucha por el pan, y cuentan no siempre, con un reducido salario, impotente para llenar sus apremiantes necesidades físicas.

En el mundo, talvez, no encontraremos á los mejores entre los elegidos, y podemos verlos perpetuamente ya como ruedas de una fábrica, ó pendientes de una cuerda en las oscuras galerías de las minas. En tanto los infelices frutos de su amor abandonados, hambrientos, araposos vagando en el arroyo del que tan cerca están la cárcel y el burdel.

Los unos, por la decadencia del parasitismo; los otros,

por la degeneración de la miseria, la mayor parte de los hombres marchan al decaimiento; sabiamente dice Nordau: "La vida moderna es una inmensa sala de enfermos que se retuercen víctimas de toda clase de dolencias."

Mejor suerte cabe, tantas veces, á la prostitución que á la virtud, á la vagancia y al hurto velado que al trabajo; el derecho y la justicia son sarcásticas mentiras convencionales. Hay tantas instituciones llamadas por alguien *Leyes protectoras del delito*. La justicia penal casi siempre extrema su rigor contra el criminal infeliz y respeta á los grandes criminales que se pasean cubiertos de honores recibiendo las reverencias de los serviles.

Las sociedades son causas generadoras del delito fomentan el alcoholismo, la vagancia, la explotación, las aberraciones sexuales, la niñez abandonada, etc. tienen instituidas selecciones degenerativas, y se quiere que practique con los delincuentes, la selección, ella más criminal que todos. "Las sociedades no tienen más criminales que los que merecen," ha dicho Lacassagne. Yo, si tuviera autoridad, reformaría este apotegma diciendo: Las sociedades no tienen todos los criminales que merecen.

*
* *

Terminemos haciendo notar que para los efectos de la selección, no sería necesario el delito cometido; para los antropólogos, el criminal nato puede conocerse por signos exteriores, y donde se lo encuentre debería suprimirse este elemento dañoso.

Valga contra la ley rebatida el argumento de otras leyes naturales opuestas á ella.

Suponiendo que llegara á probarse la justicia y la necesidad de la selección se conseguiría este objeto con la prisión, esto acepta Darwin cuando dice: "En lo que se refiere á las cualidades morales progresan siempre bajo el punto de vista de alguna eliminación de las disposiciones nocivas, aun en las naciones más civilizadas. *Los malhechores son ejecutados ó encarcelados durante mucho*

tiempo lo cual les impide transmitir libremente sus malas cualidades." (1)

Cesar Lombroso otra de las autoridades en la nueva escuela dice lo siguiente: "Previniendo con las leyes acerca del alcohol y acerca del divorcio muchas causas de delitos de sangre y deshonestos, *eliminando con los presidios de incorregibles ó con la pena de muerte ó con el trabajo forzado en terrenos palúdicos aquel grupo de individuos que constituyen la eterna clientela de la justicia penal quedaría extinto todo peligro."* (2)

§ III

REACCION ELIMINATIVA

Rafael Garofalo, tratando de la Ley de Adaptación, expone los razonamientos siguientes, en pro de la pena combatida:

"Todo organismo reacciona contra la violación de las leyes que regulan sus funciones naturales; en toda Asociación sucede lo mismo."

"La reacción consiste en la exclusión del miembro cuya adaptación á las condiciones del medio ambiente se manifiesta incompleta ó imposible." Según este autor, el delito natural: es la ofensa á los sentimientos de piedad y probidad, profundos é instintivos en el hombre social. La sociedad, como todo organismo, reacciona contra esta lesión á los sentimientos altruistas que constituyen en el sentido moral medio; el delincuente revela en un hecho la falta de adaptación al ambiente social; la

(1) Origen del Hombre. Capítulo V.

(2) Polémica contra Gatelli.



reacción debe ser la eliminación de este elemento de la vida social.

Antiguamente había dos medios para excluir á los criminales del consorcio humano la muerte y el destierro: hoy no es susceptible de practicarse el segundo, por la resistencia de las naciones á admitir en su seno á individuos faltos de sentimientos humanos. No son tampoco equivalentes á la pena capital la deportación ni la prisión: la primera, no priva de toda clase de vida social, y la segunda, aún siendo perpetua deja al delincuente la esperanza de la fuga ó del perdón; por consiguiente: "El único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte."

Presentada sintéticamente la doctrina del autor de la Criminología, indicaremos algunos reparos en contra de ella.

*
* *

Garofalo se propone una objeción racionalmente nacida de sus mismos principios: "El crimen revela que el hombre no es propio para la vida social, es necesario, pues, privarle de la sociedad, no de la vida animal; así pues, con la pena de muerte hay un exceso de reacción."

Cree resolver esta dificultad del modo siguiente: "Esta objeción sería justa si la hiciera Rousseau que imaginó un estado natural del hombre, diferente del estado social; pero hoy no puede admitirse otro estado natural más que el de la sociedad, sea cual fuere el grado que haya alcanzado en su evolución. No se puede privar en absoluto al hombre de la vida social, más que por la muerte; transportado á una playa desierta, al centro del Sahara ó rodeado de los hielos del polo, si se encuentra solo y aislado morirá infaliblemente, si encuentra otros seres humanos, gozará de una vida social por rudimentaria que sea."

Fijándose atentamente en el razonamiento anterior, la dificultad queda en pie, reforzada con aquello mismo con que se creyó destruirla: Es evidente que el estado

natural del hombre es la sociedad; ¿pero cuántas variedades indefinidas, cuántos escalones progresivos, pueden haber desde las agrupaciones de los imaginarios antecesores antropomorfos, hasta las modernas sociedades civilizadas? En el término genérico de sociedad todas están comprendidas por rudimentarias é imperfectas que sean. Es obrar con ligereza suma, decir que debe privarse al criminal de toda vida social, sin haber probado que es inadaptable á toda sociedad.

Antes con los principios de la evolución llegamos á resultados contrarios.

El criminal más abominable y espantoso es un altruista, un filántropo, un modelo de moralidad y buena conducta comparado con los salvajes, y buena parte del mundo está poblado de ellos.

Un parricida, el malhechor detestado por excelencia en un pueblo culto; sólo hubiera cumplido con un deber y dado una prueba magnífica de amor filial si hubiera ejecutado ese hecho en una de tantas tribus que imponen como sagrada obligación el parricidio, y Garofalo en la primera parte de su libro consigna que muchos viajeros atestiguan la subsistencia actual de tan bárbara costumbre.

Un asesino reincidente, es un dechado de virtudes poniéndolo frente á frente con los naturales de Australia y Nueva Zelanda, como dice Garofalo: "El homicidio por mera brutalidad es frecuentísimo en muchos pueblos de Australia, de Nueva Zelanda, de las islas Fidji, del Africa Central, *donde los guerreros matan un hombre para demostrar su fuerza ó su destreza, para ejercitarse, para probar sus armas, sin que esto alarme en lo más mínimo á la conciencia pública.*"

"Se refiere de Thaiti y de otros puntos hechos de antropofajía sin más móvil que la glotonería." "Por último, el homicidio para robar á la víctima lo han practicado siempre los salvajes de una tribu con los de las inmediatas." Lo propio, puede decirse de los estupradores é infanticidas; pues: "Hallamos sociedades semicivilizadas que permiten el infanticidio y la venta de niños; que consideran la prostitución como acto honroso y para

las cuales es una institución el adulterio." (1)

El término medio del ambiente moral es variable y si el criminal no se adapta á las sociedades civilizadas es porque la naturaleza lo habrá formado para agrupaciones menos perfectas: á lo más podría buscarse un país adecuado á su imperfección moral para deportarlo y así, no sólo se consigue el efecto excluyente de la reacción, sino que se le pone en su debido lugar; ¿No es el delincuente, un salvaje aparecido por atavismo en el gran camino de la evolución, según el sentir de nuestros positivistas? pues arránquesele de los pueblos cultos, vístasele rudimentariamente, corónesele de plumas, désele el arco y el carcaj, y dejémosle libre en el Africa ó la Oceanía en donde dará ejemplo de moderación y hombría de bien.

Hay un exceso rudo de reacción al privarle al malhechor con la muerte de toda vida social, cuando no se prueba que es inadaptable á toda forma de sociedad.

La pena es definida por el autor de quien hablamos, como: "el remedio á la falta de adaptación del delincuente;" y, "destruir no es remediar."

*
* *

La observación anterior nace admitiendo desde luego la doctrina de Garofalo; pero ésta, en sí es susceptible de muchas críticas serias, ¿Cómo considerar enteramente igual la ciega reacción física de los organismos con la de la sociedad? ¿Y el delincuente no será más que una cédula sin derechos, en nada se ha de considerar su naturaleza y sus fines? Cosas son éstas, que basta exponerlas para que nos predispongan contra esas ideas y repugnen á nuestra razón y al concepto moral y ético que tenemos de las sociedades humanas.

De ningún modo cabe equiparar la reacción social á la orgánica. Cuán bien ha distinguido Luchini la labor de las dos clases de sabios cuando dice: "El natu-

[1] Citas tomadas de la Criminología.

ralista estudia *aquello que es en la naturaleza*: el criminalista *aquello que debe ser en la vida.*” ¿Cómo el ideal de la justicia y de la equidad que debe informar al magisterio penal, vamos á buscarlo en los ciegos procedimientos, en las rudas y mecánicas reacciones físicas de la naturaleza, cuando ésta nos dá ejemplo “de la más implacable insensibilidad y de la inmoralidad más grande,” según el pensar de Renán citado por Lombroso?

La reacción no es idéntica en la esfera del derecho social y en la del mundo físico, atendiendo á los caracteres específicos esencialmente distintos de los dos órdenes de cosas: en el uno, impera la fuerza, principio de los principios, en el otro, la razón, la fuerza del derecho. Cuán razonable es la opinión de Tarde, para quien: “La sociedad es una persona moral y no una fuerza ciega: no puede defenderse sino respetándose á sí misma y á los que la componen. Ni aún á los hombres perversos ó culpables puede tratarles como parásitos peligrosos ó perros hidrófobos, de los cuales se desembaraza ahogándolos.” (1)

El juicio sobre la inadaptabilidad absoluta del reo tropezaría con dificultades insuperables para practicarlo con la precisión requerida por asunto tan delicado; Aramburo el distinguido crítico de la Nueva Escuela presenta así la dificultad: “El criminal es inidóneo para la sociedad; inidóneo por supuesto, sin culpa suya; inidóneo por una anomalía congénita y por inidóneo se le pena. ¿Y qué clase de inidoneidad es la suya, qué grandes intensivos mide, quién los mide, y con relación á qué? Es inidóneo se nos dice, al sentimiento medio, á la opinión reinante en el punto y hora en que delinque; es decir, que el individuo de hoy, podría ser idóneo en parte ó antes ó después, puesto que el sentimiento medio ni es universal en el momento del delito, ni deja de experimentar alzas y bajas en el curso del tiempo. ¿Y sobre tan movedizo fundamento no vaciláis en levantar el cadalso?

[1] Nuevas teorías de Derecho Penal.—C. Lombroso.

¿Qué replicaríais al reo que exclamase:—el inidóneo no soy yo, la sociedad, esta sociedad que me mata ó me secuestra es la inidónea para mí? ¿Qué replicaríais no pudiendo invocar nada superior á él y á la sociedad, sino que el es débil y vosotros los fuertes, por ser los más? Y por otra parte, ¿quién decide de esa inidoneidad absoluta, de esa ineptitud completa, de esa anomalía irremediable? Si falta certeza á este juicio, y es imposible que no falte; si se desliza siquiera una simple sospecha de que talvez el hombre á quien distéis muerte pudo sentir los saludables influjos de la higiene material y moral, de los correctivos que estuvieron en vuestra mano, ¿no os creeríais tan injustos como tímidos y cobardes?" (1)

¿Tan inadaptables no son los locos y los alcohólicos habituales como los criminales? ninguno de éstos se conforma, y en especial los locos, con el sentido moral medio de las sociedades civilizadas: ¿Entonces por qué éstas no reaccionan de igual manera contra unos y otros, contra los orates y los asesinos? La sociedad, es un organismo y éstos reaccionan ciegamente contra la violación de las leyes naturales que regulan sus funciones, sin preocuparse del estado de la cédula que es inadaptable. ¿No es esto un absurdo para la razón? Garofalo incurre en una contradicción al decir, que á los delincuentes locos no se les aplique la pena de muerte; y veamos como raciocina respecto de los locos: "Ahora bien, la pena de muerte puede imponerse tan sólo cuando hayan desaparecido todos los vínculos de simpatía entre la sociedad y el criminal y como una enfermedad no destruye estos vínculos, no hace desaparecer la piedad, sino que, por el contrario, la despierta porque el enfermo necesita auxilios y tiene derecho á ser socorrido, según las ideas de los pueblos civilizados; en estos casos, la reacción de la sociedad no puede llegar á la destrucción del individuo, y si la eliminación es necesaria, debe realizarse únicamente por medio de la reclusión perpetua en un asilo para este género de criminales."

Podemos aplicar textualmente esto que dice el autor

[1] La Nueva Ciencia Penal.



acerca de los locos criminales, á todos los delincuentes, locos morales y por consiguiente enfermos, según Lombroso. No desaparecen todos los vínculos de simpatía y el matarlos va contra la piedad, y es un delito natural perpetrado en nombre de la justicia; ¿y cuántos primores se han hecho invocando á la justicia? la sociedad la practica no con la sabiduría de Salomón sino con la venganza de Musolino.

Hacemos propias las últimas palabras del párrafo últimamente citado. Si llegara á probarse hasta la evidencia la necesidad de la eliminación, se realizaría por la prisión perpetua; porque la primitiva idea de Garofalo, que la reclusión indefinida no es un sucedaneo de la pena de muerte porque deja la esperanza de la fuga ó del perdón, es una niñería que quedó bien contestada por Carmignani en un caso igual: "En cuanto á los casos posibles de la revolución, del motín ó la fuga del penado, el considerar estos casos como motivos para hacer necesaria la pena de muerte; es lo mismo que decir que los hombres no deben fabricar casas, sino que deben vivir, como los adamitos sobre los arboles, á manera de monos, porque un terremoto puede echar á tierra alguna."

La teoría de Garofalo es inaceptable considerada en conjunto, ni admitiéndola puede servir de fundamento al patíbulo.

* * *

Para terminar este capítulo haremos algunas observaciones generales sobre las doctrinas positivas concernientes al punto dilucidado: Creo con Dorado Montero y otros muchos que siguen su opinión, que las dos escuelas: la jurista y la positiva, en la apariencia tan distintas no se excluyen de un modo absoluto, tienen el mismo fin y discrepan en el método, cierto que, como violenta reacción la escuela positiva en muchos puntos ha procedido con ligereza, elevando dogmatismos frente á dogmatismos y consagrando fanáticamente la infalibilidad de ciertos principios que la ciencia da como hipótesis más ó menos probables; la clásica, por su parte, tiene sutilezas é imperfecciones ridículas: son dos masas de ideas fuerzas, se

dirigen al mismo punto por distintas direcciones, el choque produce una fusión, una escuela distinta que, no es la una ni la otra: es una resultante magnífica, cuenta en su favor los elementos utilizables de ambas; no está bien estudiada ni deslindada, pero se halla en germinación que producirá como un florecimiento magnífico la Escuela del Porvenir, representada en la tendencia de la Unión Internacional de Derecho Penal.

Después de la ligera crítica que hemos hecho de las teorías de la Escuela positiva debe observarse que las leyes naturales alegadas en pro de la eliminación, no están ni en la Biología ni en la Sociología tan claramente conocidas ni deslindadas, hasta llegar á deducir de ellas inamovibles conclusiones prácticas, como es la aplicación de la pena de muerte. El Darwinismo es una hipótesis aceptada y defendida por algunos sabios, combatida en todo ó en parte, enmendada y corregida por muchos otros. La concepción de la sociedad como un organismo fisiológico, es una analogía ó una pueril concepción para Sociólogos de nota, por todo esto creemos que hay mucha ligereza en apoyar la pena de muerte en probabilidades rechazadas talvez, por la mayor parte de la humanidad inteligente. Bien se puede repetir á los positivistas la increpación de Aramburo: “¿Y sobre tan movedizo fundamento no vaciláis en levantar el cadalso?”

Supongamos que sean las leyes darwinianas perfectamente conocidas é inamovibles ¿porque son leyes naturales deberán ser leyes sociales y jurídicas? Toda ley jurídica será natural; pero que toda ley natural sea jurídica, repugna á la razón. Además, son tan generales que imponen la eliminación de todos los débiles, de todas las variaciones nocivas, de todos los inadaptables; es un argumento demasiado especioso y nada prueba según el axioma de lógica.

Por lo expuesto, creemos que las doctrinas de la Escuela Criminológica Positivista, no pueden, ni aceptándolas, demostrar la justicia de la eliminación.

CAPITULO III

LA TIENA DE MUERTE EN EL EUADOR

*
* *

TIEMPOS PRECOLOMBINOS

El transcurso de los siglos empuja hacia el progreso á las generaciones humanas y las aleja de los estados primitivos; pero á medida de la civilización crece el deseo de conocer los enigmas del pasado, de arrancar á la esfinge de los tiempos rebelaciones de los secretos que envuelven á las razas muertas, á los pueblos perdidos en la oscura prehistoria.

Lo misterioso de nuestros antecesores interesa y atrae. Innumerables sabios consagran el trabajo de su vida á desentrañar los secretos de los fabulosos imperios antiguos: como augustos y pacientes mineros se internan á descubrir las cosas que ha tantos años yacen bajo tierra; su linterna es la ciencia, á su luz releen páginas de piedra, descifran geroglíficos y caracteres cuneiformes. A la voz de estos poderosos magos se reconstruyen ruinosas ciudades, á su conjuro vuelven á la vida las momias de los Faraones; sin embargo hay muchas incógnitas por despejar y vemos alzarse por todas partes lo desconocido.

Si se hubiesen leído los quipos y los bastones de los Incas y los estantes divididos en espacios en donde escribían los Caras, sirviéndose como caracteres de piedrecitas de diversos colores, figuras y tamaños; si la codicia é indolencia de los conquistadores no hubiesen profanado los templos, destruído los palacios y moradas de los indios; en una palabra, si conociéramos la historia detallada y exacta de nuestros aborígenes; con cuánto amor é interés rememoraríamos las costumbres y leyes penales de entonces, para estudiar la evolución de la penalidad en nuestra querida Patria; pero aún en esto, somos menos felices que otros pueblos: nada sabemos de los Qui-

tus, nada de los legisladores y leyes de los Caras, poco relativamente de los Incas. Las crónicas guardan en cambio, preciosos datos acerca de Quetzal-Coal y de las leyes de los Mejicanos, lo mismo en cuanto á los Chibchas, de quienes hasta á llegado á conocerse fragmentos de un código penal, cuyas prescripciones se deben al legendario Bochica, á Nompanim y más probablemente al grandioso Nemequene.

Eran los Caras un pueblo constituido con un gobierno absoluto, templado por la aristocracia; á la junta de notables consultaba el Scyri en los graves asuntos administrativos, el poder era hereditario, pero sujeto al voto de esa misma junta, y en veces era electivo el soberano. Pueblo conquistador y fuerte, sagaz y político; no pudiendo dominar por las armas á los Puruhaes, supo encontrar el medio de unión en los lazos del corazón y del afecto. Adoraban al Sol y la Luna como dioses principales, no sacrificaban víctimas humanas, conocían la propiedad y el matrimonio, tenían buena índole, mansas costumbres siendo aguerridos y heroicos. Todo esto indica que debían tener su legislación penal propia, lo mismo puede afirmarse de los Puruhaes y Cañaris, aunque fueron más atrasados. Teniendo instituciones políticas y civiles, con mayor razón tendrían instituciones represivas, la experiencia confirma lo sentado por Pacheco: "No hay ley alguna en la historia del género humano que pueda disputar á la ley penal, la preferencia en el orden cronológico; no hay ley alguna que aparezca primero que esta ley, desde el nacimiento mismo, desde el primer albor de las sociedades."

Las costumbres y leyes penales de los Caras, de los Puruhaes, de los Cañaris son ignoradas absolutamente; pues, hablando de las naciones aborígenes del Ecuador, hasta el más ilustre y sabio de nuestros historiadores, dice: "Respecto á la cultura intelectual y moral, no sabemos ni podemos decir nada con certidumbre. Sus leyes penales el procedimiento que observan en sus juicios, etc.: nos son completamente desconocidos" [1].

[1] Federico González Suárez.—Historia General del Ecuador.

Podemos, por la comparación y la inducción afirmar, que las prácticas penales de los Caras serían análogas á las de los Incas; pues, en religión, en escritura, en cerámica, en astrología y agricultura, etc., estaban casi á la altura de los hijos del sol. Cuentan las historias, que sintieron gratísima impresión Tupac-Yupanqui y Huainacpac, cuando á su llegada al Reyno de Quito encontraron un pueblo de análogas costumbres, en donde se rendía culto á su padre el Sol y á su madre la Luna; se sentían, pues, como entre los suyos, y no vacilaron en reconocer que los dos pueblos eran hermanos; y á pesar del orgullo de los hijos del Sol, no desdeñaron de hombrarse con los señores por excelencia. Huainacpac el más grande y glorioso de los Soberanos del Cuzco, con creerse de divina estirpe, mezcló su sangre con la de los Duchicelas y los Shyris, prefirió Quito á la sagrada Cuzco y ordenó que, después de su muerte le sacaran el corazón para que lo conservaran como la última sublime prueba de su amor á Quito.

En la cultura que los españoles hallaron en estas regiones, y de la que hay noticias, sería sumamente difícil distinguir las dos civilizaciones: la del Cuzco y la propia de Quito. El dominio de los Incas fue corto y dado el amor á la independencia en los Caras, su apego á la Patria y por consiguiente á sus tradiciones y costumbres, no se asimilarían, ni por el tiempo, ni por el carácter, á la manera de ser y á los usos de los invasores, á cuya conquista opusieron tan heroica y sublime resistencia, quedando al fin y al cabo, si vencidos, como aliados; más nunca como súbditos.

Insistimos en esto, para indicar que probablemente, en las leyes penales que estaban rigiendo en el Ecuador á la época de la conquista y de las que luego haremos mención, pueden tener su buena parte los Caras. Los Incas fueron absorventes, verdad, impusieron la religión del Sol; pero toleraron las prácticas religiosas de los pueblos conquistados; trataron de imponer su lengua á los vencidos y no lo consiguieron. No hay demarcación exacta entre lo que pertenece á los dos pueblos; como principio de política de los Incas se refiere que: "Acatában-

se respetuosamente las costumbres y leyes del país, en cuanto era compatible con las instituciones de los Incas" [1]: en la administración de justicia bien podemos creer que se fundieron para su aplicación, las leyes de las dos naciones. Además de lo indicado ¿quién sabe si Atahualpa no restituyó en parte los usos y las leyes de sus ascendientes maternos; cuál influjo podía más en él, el de Cacha y Pacha ó el de Huainacpac?

La leyenda, la fábula, siempre arrullan la cuna de los pueblos. El origen é historia primitivos de los Incas están envueltos entre poéticas ficciones y en esto, como en otros puntos históricos, nos atendremos á las probabilidades.

La figura de Mancocapac fundador del Imperio pudiera ser negada talvez por la rigurosa critica histórica; pero cuenta en su favor con el apoyo de la tradición general. Su nombre, quiere decir señor supremo y legislador, según afirma Velasco; parece que aquel fue el primer legislador y al mismo tiempo el fundador del Imperio de los Incas; muchos cronistas antiguos que pudieron recoger las tradiciones lo afirman resueltamente. Las leyes dadas por Mancocapac, como recibidas del Sol, se conceptuaban sagradas y sus ofensas, como impiedades y ofensas contra Dios, eran castigadas como faltas graves con la pena capital. Indudablemente, esas leyes serían modificadas, perfeccionadas por sus sucesores, entre los que brillaron principes tan egregios. Huainacpac después del triunfo sobre los Caranquis, parece que á su vuelta á Quito, dictó leyes para el buen régimen del pueblo conquistado, ateniéndose al espíritu general de los Incas; talvez serían esas leyes las que han llegado á noticia de los historiadores.

Dejando á un lado, difíciles problemas históricos contentémonos con referir lo que encontramos en la Historia. En la de González Suárez hallamos lo siguiente: "Cinco días era el término mayor que podía durar un juicio en los tribunales peruanos, y al quinto día la sentencia debía estar ejecutada y el reo castigado, porque

(1) Guillermo Prescott.—Historia de la Conquista del Perú.



en tan sumario procedimiento judicial, el fallo de los jueces era inapelable: parece que los Incas estaban convencidos de que la dilación en los juicios era una especie de impunidad para los criminales. Cada curaca era juez de su tribu, y los decuriones y demás jefes de los grupos sociales, en que estaba dividida la nación, hacían el oficio de fiscales y de jueces de los individuos puestos bajo su dependencia.

Los litigios entre las provincias los juzgaba el Inca en persona.

La legislación criminal de los Incas no establecía más que tres clases de penas: la de infamia, la de golpes y la capital: reprensión, golpes, muerte. El criminal era condenado con demasiada frecuencia al último suplicio.

El desaseo, la ociosidad, la mentira, se castigaban con golpes más ó menos dolorosos, que el culpable sufría en las piernas y en los brazos. El incendiario, el homicida, el que trastornaba los linderos de los campos, el adúltero, el que blasfemaba contra el Sol ó contra el Inca, el que violaba la castidad de las vírgenes del Sol; eran condenados al último suplicio. Los envenenadores eran condenados á muerte juntamente con toda su familia. Criminales hubo también, á quienes condenaron algunos Incas á prisión perpetua en fortalezas construidas á este objeto, y á destierro y confinio en los valles calientes de la costa. Ocasiones había además en las que á los reos condenados á muerte se les sometía á tormento, antes de quitarles la vida. En cuanto á la ejecución del castigo, había no poca variedad: unas veces se daban golpes con piedras en la espalda para magullar al culpable, y esto se hacía cuando se le imponía una pena grave. A los reos de muerte se los ahorcaba, se los enterraba vivos ó se los despeñaba en abismos profundos. A la esposa culpable de adulterio se la mataba, colgándola de los pies, para que pereciera sofocada" (1)

Cevallos enumera además, como delitos que se castigaban ó podían según las circunstancias castigarse con

[1] Obra citada.

la muerte: la fuerza y violencia contra una noble, la reincidencia de este delito contra una plebeya, el hurto de las cosas del Sol ó del Inca, ia mentira judicial, la reincidencia en el desobedecimiento á las autoridades ó en la fuga de los *mitimaes*. Las vírgenes del Sol, como las vestales romanas, eran enterradas vivas si faltaban á la castidad debida.

El Padre Velasco, refiere también: que estaba castigado con la última pena el delito de comer carne humana, aun cuando fuera de prisioneros de guerra; ¡sabia disposición, que cambiando la pena no está demás en las naciones civilizadas, donde no es del todo raro que se almuerce tranquilamente caldo y prezas de prójimo, en fondas acreditadas y conocidas!

Por lo que toca á las formalidades del enjuiciamiento, opino que, además del fiscal había un funcionario encargado de la defensa del acusado; pues, el Padre Velasco trae el nombre quichua de ambos empleados al enumerar los dignatarios de los Incas, *Taripa-Camayuc*, llamábase el juez ó perquisador; *Rinnapanayuc*, el abogado intercesor [1].

“Se disponía sabiamente la admisión de circunstancias atenuantes que podían mitigar el castigo” [2].

Afirman Prescott y Cevallos: que los tribunales inferiores daban cuenta á los superiores de todos sus trabajos; y nuestros historiadores todos, están conformes, en que la recta administración de justicia estaba garantizada por el escrúpulo y responsabilidades de los juzgadores. El Inca en persona ó comisiones especiales recorrían el imperio cerciorándose del buen desempeño de los jueces y castigaban y destituían á los culpables. Eran responsables los decuriones y jefes de grupo de las faltas de sus subordinados, cuando los delincuentes no eran entregados á la justicia; los jóvenes no eran castigados con el rigor que los demás y los padres debían ser penados por las faltas de sus hijos jóvenes, á quienes no habían educado convenientemente en el respeto de las

[1] Historia del Reino de Quito.

[2] Prescott.—Obra citada.

leyes. Procuraban con sabiduría por medio de la educación prevenir los crímenes.

Raros y pocos serían los delitos en ese pueblo sometido á un régimen tan severo y minucioso. La ley agraria disponía el reparto anual de las tierras y vestuarios, según las necesidades del jefe de familia, sobre la base de un censo estadístico. Los terrenos de las viudas, huérfanos y de los ausentes, eran laborados por los demás habitantes. El trabajo era obligatorio y general, entre los indios no había ni miserables ni haraganes, la ociosidad y la miseria, poderosas causas de delincuencia, no ejercían su influjo funesto en un pueblo donde todos trabajaban y eran poseedores de tierra. El robo, sería rarísimo, sino era desconocido. Tenían alta y grandiosa idea de Dios en Pachacamac y creencias en una vida ulterior. El Gobierno de los Incas era absoluto y despótico, pues resumía la potestad civil y religiosa; pero sus resultados eran suaves y benéficos; en las conquistas usaban, por lo general de política, respetaban á los vencidos, toleraban sus ideas religiosas, y cuando destraban á poblaciones enteras, arbitrábase todas las medidas para suavizar el castigo impuesto á los *mitimaes*. Los reyes indios tenían paternal solicitud para su pueblo, sus leyes serían enérgicas en parte, pero clementes y sabias, las costumbres eran mansas y dulces, *y las leyes solo son el reflejo de las costumbres*. El objeto de las disposiciones legislativas era garantizar los intereses de la religión, del poder, de la sociedad y de los particulares, estableciendo la unión y la solidaridad entre todos. La primera obligación impuesta era el amor mutuo entre los súbditos y para procurar esa fraternidad los habitantes de los pueblos debían comer juntos dos veces al mes, presididos por el curaca; banquete al que se invitaba á los enfermos, lisiados y ciegos. Bajo el exstrictísimo cuidado de los empleados que debían vigilar á los grupos de diez, cincuenta, ciento, mil, etc., y siendo por otra parte, un pueblo patrialcal de índole mansa, paciente, laborioso, hospitalario y caritativo, no podían ser frecuentes ni alarmantes los delitos. Además, las leyes tenían para ellos carácter sagrado, el violarlas un sacrilegio, una

ofensa á su Dios, el Sol y al divino Inca, su hijo.

Justamente Tissot pone á los Incas como el pueblo *más dulce de la tierra*; pero no está en lo cierto el erudito escritor al afirmar que todos los delitos graves y leves se castigaban con la misma pena y que ésta era la de muerte [1].

Si era prodigada la última pena, no sería muy frecuente su aplicación por lo raro de los delitos, y en el modo de ejecutarla, fueron menos bárbaros que casi todos los pueblos de la antigüedad y de la edad media; por muchos conceptos merecen llamarse los Incas y Caras, cultos, civilizados, humanitarios.

Eran imperfectas las leyes de los Incas; pero con mucha razón se ha dicho, eran muy superiores á las famosas de Solón y Licurgo; quedan muy lejos del terrorismo penal de las Siete Partidas del Rey Sabio; desconocían los tormentos refinados, que hasta hace un siglo imponían los Códigos de las naciones civilizadas y cristianísimas. “En la aplicación de los castigos no se empleaba la impía crueldad con que otros pueblos apuraban las agonías de los condenados por medio de tormentos” (2).

*
* *
*

EL COLONIAJE

Durante el tiempo que nuestra Patria estuvo sujeta á la gran Monarquía Española, rigieron las leyes de la Metrópoli. No nos detendremos á estudiarlas y criticarlas, no es labor que nos corresponde á nosotros, ha sido hecha por los escritores españoles, y por otra parte, es conocida generalmente la legislación de España.

Mas ó menos un siglo transcurrió desde la conquista hasta el establecimiento de la Real Audiencia en el Virreinato del Perú, y los conquistadores fueron hasta en-

(1) Véase “El Derecho Penal” por J. Tissot.

(2) Pedro Fermín Cevallos.—Resumen de la Historia del Ecuador.

tonces dueños absolutos de vidas y propiedades: llevados de la ambición sin límites, no se detenían ante los atropellos más grandes y el asesinato casi llegó á ser una costumbre entre gente tan guerreradora y caprichosa. La República del Ecuador entonces formaba parte del Virreinato del Perú, y la administración de Justicia encomendada al Tribunal de Lima, no podía ser más defectuosa y difícil.

En 1563 se fundó la Real Audiencia en Quito, siendo esto no poco adelanto y garantía para un pueblo que tanto la había solicitado.

Las leyes de Indias, los Ordenamientos, las Recopilaciones, las Partidas, fueron las leyes aplicadas en las colonias.

En lo relativo al orden de preferencia, encontramos la siguiente indicación en la obra de Sala-Miño: “En cuanto á la América, ésta se gobernaba: 1º Por Cédulas Reales y Provisiones del Consejo de Indias, aprobadas por el Rey; 2º Por las Instrucciones de Intendentes de Méjico y Buenos Aires; 3º Por la Recopilación de Leyes de Indias, ordenada por Carlos II, en su Pragmática de 18 de Mayo de 1680, que se compone de nueve libros divididos en títulos; 4º Por las leyes de España en el mismo orden que se observa en ella” [1].

El orden de prelación en las leyes españolas estaba indicado ultimamente en la ley III, Título II, Libro III, de la Novísima Recopilación.

Las Partidas, el más notable de los monumentos legislativos de la época medioeval, no rigieron sino como derecho supletorio, á ese lugar las reelegaron el Ordenamiento de Alcalá, el Real y las Recopilaciones. Si es admirable é imperecedero el Derecho Civil de este Código, calcado en las instituciones del Derecho Romano; no pasa lo mismo con el Derecho Penal consignado en la Septena Partida: establece el tormento como medio de prueba y las penas decretadas en ella son injustas, excesivas y crueles, siendo merecedoras de abominación y censura.

(1) Instituciones del Derecho Español, por Juan Sala. Guayaquil, 1831.



Las Recopilaciones en su parte penal adelantan notablemente en la evolución del derecho y suavizaron un tanto las penas, conservando, empero, el garrote *como pena ordinaria* y en algunos casos la horca y la hoguera.

La Recopilación de Leyes de Indias se compone de disposiciones administrativas en su mayor parte. El Libro Séptimo de esta compilación trata de asuntos relacionados con la cuestión Penal y establece disposiciones especiales contra los jugadores, vagabundos, etc., y detalladamente contra el alzamiento de los *pícaros negros cimarrones*. En varias parte se ordena que en las Indias se apliquen las penas impuestas por las leyes generales de España.

Estas leyes hechas con el objeto de proteger á los indios, hablan muy en alto de la solicitud y bondad de los Monarcas Iberos, son un documento histórico grandioso, de su interés por los infelices aborígenes de América, y harán que en vista de ellas se les perdone muchas faltas, y se olviden despóticos errores. Lástima grande es, que no se hayan cumplido por las autoridades coloniales y hayan quedado escritas,

La Inquisición establecida en el Nuevo Continente vino á aumentar el número de víctimas de la justicia, á no pocas almas despacharon á la eternidad los tribunales tan sarcásticamente llamados del *santo oficio*.

Mucho se ha escrito anatematizando la penalidad española y no sin fundamento: encontramos en ella extensos tratados castigando delitos religiosos é imaginarios con una crueldad inaudita, el tormento el más inicuo de los procedimientos judiciales establecíase como una manera de prueba, y la horca y el garrote estaban prodigados para casi todos los delitos. Todo esto hace que la crítica científica pueda hacer pedazos esas leyes y que la humanidad las deteste, indignada ante tanta injusticia y barbarie.

Confesamos gustosos, no obstante, que la Madre Patria, en ese tiempo no era la más cruel ni atrasada en legislación penal, muy al contrario, y sus leyes informadas fueron de un gran espíritu de moralidad, y recta intención, inspiradas en el amor al orden y á la defensa so-



cial, errados estaban en la elección de los medios; pero los que las dictaron, fueron apasionados *amadores de la justicia*.

* * *

BIBLIOTECA NACIONAL

SECCION ECUATORIANA

LA REPUBLICA

Llevada á cabo la Independencia Americana, el Ecuador formó parte de la Gran Colombia hasta 1830, en que se constituyó en República independiente. La emancipación política no fué unida á la legislativa: continuaron rigiendo las leyes españolas con ligeras alteraciones introducidas por las garantías aseguradas en las constituciones republicanas,

El Art. 188 de la Carta fundamental de Cúcuta declara: *en su fuerza y vigor las leyes que hasta entonces habían regido en todas las materias.*

El Art. 73 de la Constitución del año 30, y el Art. 112 de la del 35, contienen disposición análoga á la citada. En las leyes de Enjuiciamiento Civil de los años 30 y 35, en el respectivo Art. 1º, se establece el orden de las leyes españolas vigentes, que se remontan hasta las Partidas. De esta confusión de leyes vino á sacarnos el primer Código Penal, *Dado en Quito á catorce de Abril de 1837.* No es nuestro propósito hacer la historia detallada de nuestro derecho Penal y ateniéndonos al punto de vista concreto, basta con indicar, que los Códigos del Ecuador tenían más ó menos prodigado el patíbulo acompañado de afrentas y torturas inquisitoriales: sanbenito, gorra, pregones, sogas; nada faltaba para acibarar la agonía de los condenados.

En la Constitución del año 50, por primera vez, se declaró abolida la pena capital para los delitos políticos; esta disposición debióse á la iniciativa del ilustre republicano Don Pedro Carbo, el primer abolicionista notable en el Ecuador, del cual tenemos noticia, y cuyo nombre por tantos títulos venerable, nos complacemos en recordar.

Lo dispuesto en la Asamblea del 50 se conservó en las del 52 y 61, desapareciendo en la del 69, bajo el régimen de García Moreno; quien á pesar de haber sido el gobernante más ilustrado, honrado, y progresista; despoticamente, hizo de la muerte la pena usual contra los revolucionarios; contrastan con sus hechos heroicos y sus excepcionales méritos de magistrado, sus órdenes de fusilamientos, y flagelaciones. Hasta el Sol tiene manchas, dicen excusándole los ciegos admiradores del grande hombre; pero las manchas del Sol no son de sangre...

La Constituyente del 78 derogó la pena de muerte para todos los delitos políticos y comunes exceptuando el parricidio; en la discusión, propuso Don Pedro Carbo la supresión absoluta y completa del cadalso para toda clase de delitos, como consecuencia de la inviolabilidad de la vida consignada en las garantías constitucionales; en el mismo sentido opinaron los señores Vélez, General Víctor Proaño, Lorenzo Espinosa de los Monteros, José María Bermeo, General Cornelio Vernaza y otros. Los señores: Sáenz y Arcos presentaron la moción en el sentido que se votó por la mayoría [1].

En la Convención Nacional del 83 se estableció nuevamente la pena de vida para el asesinato y el parricidio, hermosos discursos se pronunciaron de una y otra parte, defendiendo la pena de muerte para los crímenes atroces, son notables los razonamientos de los señores doctor Antonio Flores, Julio B. Enríquez, Luis F. Borja, Arízaga, Julio Matovelle, Reinaldo Varea y otros varios. Catorce diputados estuvieron en contra, distinguiéndose entre ellos el doctor Alejandro Cárdenas y Marcos Alfaro.

En el año de 1887 se decretó una desgraciada Ley de Gracia, en la que se hacía el perdón poco menos que imposible; el resultado fué, la ejecusión de todos los condenados y, talvez hubiérase seguido matandolos irremediabilmente; si el inteligente y distinguido criminalista ecuatoriano, doctor Alejandro Cárdenas, no hu-

[1] Diario de debates de la Asamblea Nacional de 1878. Sesiones del 7 y 15 de Febrero.

biera vuelto por los fueros de la piedad y del derecho, en un magistral opúsculo crítico, en el que se aúnan el aticismo y la pulcritud del bien decir, con la acerada lógica y el sabio razonamiento (1).

En la Asamblea legislativa del 96 se abolió el patíbulo para los delitos políticos y comunes: primero, se votó por la supresión absoluta, después, por reconsideración pedida por los Generales Plaza y Andrade, se dejó subsistente contra los militares. Los señores: Doctores José Peralta, Francisco de P. Avilés Z., Modesto Peñaherrera, Gumercindo Yépez, Felisísimo López y Don Celiano Monge, demostraron ser los más elocuentes impugnadores del cadalso, y pedían se borrara de nuestras instituciones tan oprobioso castigo para toda clase de delitos; en este sentido opinaron también: Don José Domingo Elizalde Vera, Don Abelardo Moncayo, doctor Gonzalo Córdova y otros. El más ardiente partidario de mantener la picota fué el doctor Emilio M. Terán, quien no sólo quería para los militares, á los cuales fusilaba por cualquier cosa en su terrorista Proyecto de Código Penal Militar, sino para los delincuentes comunes [2]

Los más empeñados en mantener esa espada de Damocles sobre la cabeza de los soldados, fueron los Generales Leonidas Plaza y Julio Andrade, Don Roberto Andrade, Mateus, Coral, Treviño y otros.

Según nuestras leyes, sólo hay pena de muerte para los militares, este es el estado actual de la cuestión, si no lo cambian posteriores Legislaturas.

*
* *

Muchos partidarios tiene el cadalso entre los ecuatorianos, se ha tomado generalmente como principio de partido el modo de pensar acerca de la pena de vida; de allí que haya *patibularios* ó abolicionistas inconcientes

[1] Crítica á la ley de Gracia del año de 1887-1904.

[2] Diario de debates de la Convención Nacional de 1896. Sesiones de 28 y 29 de Octubre.

sin más razón que el pertenecer á tal ó cual agrupación política.

El apego al tradicionalismo, el odio mortal entre las banderías, los rudimentarios estudios de Derecho Penal, el respeto á las doctrinas del Conde de Maistre, quien predicaba: *que el verdugo era la base de la sociedad*, etc., pueden ser algunas de las causas que explican el crecido número de los creyentes en la justicia y eficacia del patíbulo.

Hombres han habido, en ésta católica República, tan encarnizados con sus enemigos que, clamaron porque la horca y la guillotina pasearan triunfantes por todos los ámbitos del ecuatoriano suelo.

Sorpresa se siente al ver el terrorismo penal en quienes alardean de ferviente catolicismo: axioma teológico es, que los preceptos morales negativos obligan siempre y por siempre; *No matarás*, es uno de los mandamientos escritos por Dios en las Tablas de la Ley. *No matarás*, precepto absoluto del decálogo, el decálogo es la palabra divina; ¡cuánta dicha tener en apoyo del abolicionismo los mandatos expresos del Dios de Israel!

David, el Rey profeta, poseído del espíritu divino repetía en sus salmos: "Líbrame de toda sangre, ¡oh! Dios de mi salud y cantará mi labio tu justicia."

Jesús, el Maestro Divino, el Redentor del mundo, predicó el amor y la fraternidad: ¿cuándo enseñó el exterminio y la matanza? Muy al contrario, en la víspera del sacrificio de la cruz, con su mano siempre abierta al perdón y las bendiciones, restauró el daño causado por la espada de Pedro; Jesús el manso, el misericordioso dice en el Evangelio: "Antes se decía, ojo por ojo y diente por diente; pero entre vosotros no es así." ¿Cómo entre cristianos había de ser lo mismo que entre gentiles? Jesús, al encontrarse con la enfurecida turba de apedreadores, amparó y defendió á la mujer adúltera, se opuso de hecho á la ejecución capital, y, retando á los hipócritas que á nombre de la justicia y de la ley iban á asesinar, dijo: "El que esté libre de toda culpa arroje la primera piedra."

El amor aún á los enemigos, la piedad, el sacrificio

propio en bien ajeno, son las enseñanzas del Maestro. Después muchos hombres cegados por el odio, en nombre de la religión, del amor y de la caridad, han levantado las picotas y han atizado las hogueras; Jesús pedirá perdón para los verdugos de la humanidad, como pidió para los suyos propios.

Carnevale hace notar, citando á Carmignani que: del examen de muchas leyes del Código Teodosiano se deduce que los eclesiásticos emplearon frecuentemente la fuerza para librar del patíbulo á los condenados; Atenágoras hace constar la repugnancia de los cristianos, para asistir á tales espectáculos; Tertuliano los disuade de concurrir é intervenir en ellos; y San Cipriano, predica que: “Sólo á Dios incumbe el romper los lazos que nos unen á la tierra” [1].

Iglesia, madre buena, tú, no eres sanguinaria: has hechado lejos de tí horrorizada las infamias de la Inquisición; tus templos han sido asilos inviolables, refugios seguros para los reos de muerte; tus sacerdotes, no son como los sacerdotes de los gentiles que sacrificaban víctimas humanas; los ministros de la religión católica acompañan al sentenciado y cuando la sociedad asesina y condena al delincuente, ellos le perdonan en el nombre de Dios Misericordioso. Vicente de Paul encarna el espíritu del catolicismo, no Torquemada y sus congéneres.

El que se llame cristiano, más que ningún otro, debe detestar al verdugo, todo hombre es nuestro hermano: el criminal, el asesino, el parricida, hermanos infelices y perversos son; pero hermanos nuestros; castigadles, reeducadles, pero no los matéis; el que esté libre de todo pecado haga el primer disparo contra ellos.

“Dejad el cadalso en su rincón oscuro; no hay que alumbrarle con la luz de los apóstoles y entrarlo al cielo para colocarle junto con la cruz de la redención: Jesucristo murió, á nadie mató en ella”—ésto dice Montalvo, el excelso.

El fanatismo existe en la penalidad, esa neuropatía confunde aún la venganza con la justicia. “El cadalso

[1] Datos tomados de la obra de Carnevale.

tiene sus fanáticos" dice un escritor americano.

"Los *patibularios* son una secta sangrienta, tristísima, sombría. Tiene su evangelio, el código; su sacerdote, el verdugo y su altar el patíbulo.

Es la única secta que sacrifica aún víctimas humanas."

Los sacrificios humanos repugnan al Dios de la Justicia y la secta de los patibularios debe extinguirse pronto en el mundo entero, porque en sus inteligencias debe ya irradiar la luz de la verdadera civilización y del progreso.

El argumento obligado de los ecuatorianos amigos de la pena de muerte es: que aumentan, notablemente los crímenes si se arrincona el aparato moralizador del patíbulo. Ya en otra parte de este escrito, hemos demostrado la falsedad de aquella afirmación; sin embargo tratemos de ella, en lo que se refiere á nuestro país. En la Convención del 83 dijeron algunos diputados, que había crecido el número de delitos desde que en el año 79 se abolió la pena de vida; otros afirmaron ser evidente el hecho contrario en varias secciones territoriales: ¿á cuál nos quedamos? Lo propio dicen algunas personas hablando del 95 á esta parte. La resolución no puede ser terminante; pues no tenemos Estadística, ciencia que decide en esta clase de dudas, y sobre todo, el crecimiento de crímenes, viene, como luego apuntaremos, de otras causas.

En todo caso, atribuir el aumento de crímenes á la supresión del último suplicio, supone ignorancia ó mala fe; entre nosotros, no se han estudiado las causas verdaderas del delito, ni se da la importancia real á los múltiples factores del medio físico y social.

La raza, el pauperismo, la ignorancia, la ociosidad, la difusión del alcoholismo, las frecuentes guerras intestinas, las revoluciones radicales que han abierto las puertas de las cárceles y enrolado en el ejército á los malhechores, la falta absoluta del más primitivo régimen penitenciario, el abuso del indulto y de la gracia, la falta de certeza en la pena, la niñez abandonada, la pésima educación, el estado de la mujer, los malos gobiernos, las

influencias hereditarias y climatológicas, el aumento y densidad de la población, la abundancia ó escasez de las cosechas, las profesiones parasitarias, etc., etc.: todas estas causas, y otras, que sería largo enumerar, explican según la ciencia, el crecimiento ó disminución de crímenes. Tan evidente es el influjo de éstos factores de delincuencia que, con el estudio detenido de ellos y sobre la base de los datos estadísticos, han llegado á formarse verdaderos calendarios criminales, esto es, cuadros de cálculos precisos de los delitos, cuadros hechos por Lacassagne, Chaussinaud y Maury.

No puede pasarse en silencio al hablar del Ecuador, el estado ignominioso de la raza india, sobre ella pesan todas las cargas y las miserias sociales: el indio es un paria envilecido y explotado, no tiene derecho ni garantía de ninguna clase, analfaveto y oprimido tanto, que mucho tiene que envidiar á los antiguos esclavos; todos los vicios y las degeneraciones le rodean. ¿Quién tiene la culpa de esto? “Respondan veinte generaciones de blancos” dice Luis Martínez, que también ha sabido pintar las desdichas de los descendientes de los Incas y Caras.

En esta desgraciada Patria, los jueces no son oráculos ni mucho menos, los procedimientos represivos nada tienen de eficaces y rápidos, la Policía no existe bien organizada, hay marcada desigualdad de clases y fortunas y se deja sentir una desmoralización general; sin embargo la delincuencia no reviste los caracteres alarmantes de atrocidad y frecuencia que tiene en otras naciones.

Hay que confesar, que hasta nuestros criminales son pequeños comparativamente: rateros de tres al cuarto, homicidas pasionales, algunos asesinos y conyujicidas, rarísimos parricidas. Mostradme los estafadores fabulosos, los ladrones habilísimos, los matadores de profesión, ¿dónde están los malhechores ecuatorianos dignos de rivalizar con los bandidos de Calabria y los merodeadores de las Pampas? ¿dónde están las asociaciones perversas de la *camorra* y de la *maffia*?

Los Musolinos y Bufalaras no nos quitan el sueño.

No conocemos, ó es rarísimo el tipo completamente

amoral, incorregible y lleno de aberraciones. Nuestros presidiarios son niños un tanto malos, poniendolos al lado de los detenidos de Francia é Italia.

Ampare nuestra afirmación la autoridad del doctor Cárdenas: "Loado sea Dios, tierra es todavía la nuestra en que ni el número de crímenes comparado con el de la población, ni el número de crímenes atroces comparado con el de los ordinarios, ni mucho menos el número de reincidentes, se acercan ni asemejan á los correspondientes números de proporción de delincuencia, observados en países donde las penas no son de miel ni de seda las riendas administrativas" [1]

La relativa rareza y casualidad de delitos atroces y la benignidad [si puede haberla] de los delitos comunes se deben á los sentimientos sociales, á la buena índole, á las ideas religiosas, al espíritu manso y resignado de nuestro pueblo.

Los caracteres de la delincuencia ecuatoriana, no son de tal naturaleza que estén pidiendo á grito herido, el ergástulo y la cadena perpetua; mucho menos, horca, patíbulo exterminador, guillotina destructora: sólo es necesario establecer buenos preventivos penales, casas penitenciarias modelos de correccionalismo, leyes y procedimientos represivos adecuados al medio y á los habitantes; porque no pueden satisfacer á las necesidades penales de ésta Nación, códigos importados de lejanas tierras, hechos para países del todo distintos al nuestro.

*
* *

Los militares son los únicos para los que nuestras leyes reservan el fusilamiento; razón de peso para la existencia de desigualdad tan monstruosa, no la hay. ¿Se dirá acaso, que la disciplina y la subordinación indispensables en el ejército, así lo exigen? De ninguna manera, las ordenanzas militares no pueden estar por encima de las consideraciones fundadas en la naturaleza misma del individuo y de la sociedad: las pretenciones de

(1) Opúsculo citado.

una institución humana, variable, accidental como la milicia no pueden anteponerse á los reclamos de la justicia y á los fueros de los inalienables derechos del hombre. A las razones expuestas en la primera parte de este escrito nos referimos, para combatir el fusilamiento de los soldados.

En la Asamblea del 95, los doctores Francisco de P. Avilés Z., José Peralta y otros valientes abolicionistas quisieron se garantice la inviolabilidad de la vida á todos los ciudadanos inclusive los militares. Este fué el elocuente razonamiento del segundo de los nombrados: "¿La pena de muerte es buena ó es mala?: Si es buena hagámosla extensiva á todos los crímenes castigados antes por el verdugo; y si es mala, no hagamos excepciones, porque no hay razón alguna para sostener que esa pena injusta deja de serlo en casos determinados, ya que los principios de moral y justicia tienen su bondad absoluta."

Resulta en la práctica, que las penas contra la rebelión, la deserción, la traición, etc., están sujetas al número y á los caprichos de la fortuna; si triunfan los traidores son premiados y enaltecidos, si son vencidos, ó si el revelde es uno solo, entonces se extrema el rigor de la ley y en ambos casos el delito es el mismo; no quiero recordar mil hechos de nuestra historia que confirman lo dicho.

Conságrase en las leyes la desigualdad más grande en las penas: el asesino, el incendiario, el parricida, tienen por castigo la reclusión; el desertor en campaña, el soldado, cabo ó sargento que maltraten de obra á un superior ó que lo insulten ó amenacen, el soldado que rehusa el socorro de víveres ó dinero, los culpables de motín, rebelión, pillaje, etc., están condenados á ser pasados por las armas. Se castiga pues con más rigor los delitos leves de los militares, que los atroces en los demás ciudadanos. Y nuestras Constituciones rezan sin embargo, la igualdad ante la ley, que los ecuatorianos vivimos bajo el amparo de unas mismas leyes, y que todos goza nos de las mismas garantías, la principal de las cuales es la inviolabilidad de la vida; ¿por qué se ha dejado á

los militares fuera de la ley?

Al tratarse de las reformas constitucionales en el Congreso de 1904, el doctor Manuel E. Escudero, con apoyo del doctor A. Darquea y J. Barreiro, propuso la abolición de la pena de muerte para los militares; la mayoría empero de la Cámara fué adversa á la moción de nuestro ilustrado é inteligente profesor. En la clase de Derecho Penal hubo ocasión de que oyeramos al doctor Manuel E. Escudero una conferencia elocuente y sabia contra la pena de muerte, esa brillante lección nos inspiró la idea de escribir este imperfecto ensayo, que le hemos dedicado como débil muestra de afecto y reconocimiento.

Si se quiere lealtad, orden y disciplina en el ejército, edúquese convenientemente al soldado, el móvil racional es la convicción no el terror, la obediencia debe tener por base el amor al deber, no el miedo al castigo. Fórmese el ejército de militares pundonorosos é ilustrados, incúlquese en el pecho del soldado la idea del deber en su amplio sentido, el amor á la Patria, el deseo de la gloria. El soldado debe ser el más celoso guardián de los fueros de la República, es un ciudadano armado para la defensa de las leyes y de las instituciones democráticas, él debe ser el modelo de la caballerocidad y del heroísmo, siémbrese pues, la ciencia en su cerebro, la moral en su corazón.

Entre nosotros por desgracia, salvo honrosas excepciones, es el soldado el enemigo del pueblo, el instrumento de los déspotas, el apoyo inconciente de la ambición de los caudillos; el uniforme militar no es el distintivo de una orden de quirites puesta al servicio de la Nación, es la librea con que viste el partido que está en el poder á las más serviles adeptos.

Nuestros cuarteles son casas inmorales y antihigiénicas á donde van á parar los vagos y perversos; en los cuarteles se prostituye la conciencia, se acanalla el carácter, se corrompe el espíritu, y ¡después de todo esto se exige una disciplina de hierro!; y se fusila á un soldado que ciego de cólera abofetea á un superior ó que hartos ya de opresiones é injurias, siente renacer en su pecho la al-

tivez de hombre y levanta el arma contra el oficial tirano y arbitrario.

“Cuando hallemos en nuestro ejército muchos hombres de bien, soldados valerosos y ni un sólo verdugo” —según la célebre frase del Conde Dorte—; entonces los cuarteles serán escuelas de heroísmo y lealtad, entonces los soldados amarán más la honra que la vida, y más les arredrará la muerte moral de una degradación, que el banquillo de los fusilados.

¿Qué gran temor puede infundir la muerte á quien no la rehuye, antes la busca muchas veces en los combates? el militar está acostumbrado á desentenderse de su vida, á exponerla con serenidad ante el peligro; ¿y creéis que sólo el temor al fusilamiento mantiene la disciplina é impide las faltas? el silvido de las balas suena grato á los oídos guerreros, y no puede temblar ante diez calibres quien ataca de frente batallones enteros. La intimidación atribuida á la pena de muerte nunca puede ser tan debilmente sentida, como lo será por los militares.

No hay palabras para protestar contra el mandato de la ley que, hace á los mismos soldados los verdugos de sus compañeros. Es obligarles á cometer el acto de la cobardía más inaudita, ordenar que maten á sangre fría y en pandilla de diez á un compañero indefenso y desarmado. ¿Cómo han de ser verdugos los que debieran ser la gloria de la Patria?

El Código Militar del 71, si así apuede llamársele, con las reformas del año 76, y el proyecto de Código Penal Militar del doctor Terán; prodigan el fusilamiento por naderías, siquiera debería restringirse á poquísimos casos, dado el supuesto absurdo, que no se suprima para todos.

El doctor Juan B. Vela, ha preparado un Proyecto de Constitución para presentarlo á la próxima Asamblea y el inciso 1º del Art. 33 declara abolida absolutamente la pena capital. Ojalá se apruebe el artículo citado por la Constituyente y se realicen así nuestros ideales.

* * *

Para terminar, digamos dos palabras acerca del por-

venir de la pena de muerte: apesar de la reacción positivista en pro de las medidas seleccionadoras, la pena capital desaparecerá pronto de los códigos de las naciones cultas.

Si volvemos los ojos al pasado y lo comparamos con el presente, se advierte una constante disminución en el uso de el cadalso, á medida que la humanidad avanza en el camino de la civilización. Cada día se restringe más el número de delitos castigados por el verdugo y muchas naciones no la tienen sino escrita en sus leyes sin aplicarla nunca. En los pueblos la repugnancia y la aversión por el bárbaro castigo, crece notablemente: "La mayoría de los pensadores que se han ocupado de la pena de muerte se han declarado contrarios á ella," dice Carnevale.

El correccionalismo gana terreno: los Congresos Penitenciarios, cuando más han votado para los incorregibles la reclusión indefinida; la Unión Internacional de Derecho Penal, areópago de los más notables criminalistas europeos, considerando que hay criminales habituales, reincidentes, para los cuales no es suficiente la reacción penal ordinaria, votó esta conclusión: "Estos malhechores deben ser sometidos, según el grado de degeneración y peligro que ofrecen, á medidas especiales destinadas á ponerles en condiciones de no poder dañar y enmendarles" [1].

Esta es la dirección que, sigue la ciencia en la actualidad; apoyados en lo que acabamos de exponer, creemos, que sin pecar de ligeros puede decirse que, los sentimientos y las ideas están en contra de la pena capital.

La humanidad en su lenta evolución de perfeccionamiento pasa de una forma imperfecta á otra que lo es en menor grado. En la vía que va recorriendo hacia el progreso ha dejado atrás, en lo penal, las cadenas, el látigo afrentoso, los calabozos oscuros y malsanos; los sostenes del patíbulo están carcomidos, pronto ha de caer para siempre y rayará la aurora de los tiempos nuevos, donde la ley no mate ni la justicia asesine.

(1) Congreso de la Unión Internacional, de Derecho Penal, reunido en Berna.

