



R.111.370

R.11.370

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE SANTIAGO

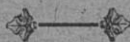


00684468

406-301-1

*¿Puede servir de base al derecho de castigar, la
sola consideración de la defensa social?*

DISCURSO
LEÍDO EN EL EJERCICIO DE GRADO
DE
DOCTOR EN DERECHO,
POR
P. Isaac Rovira y Carreró.



SANTIAGO:
IMP. Y ENC. DEL SEMINARIO C. CENTRAL.
1894

~~11855~~

R. 11.370

*¿Puede servir de base al derecho de castigar, la
sola consideración de la defensa social?*

DISCURSO

LEÍDO

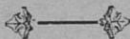
EN EL EJERCICIO DE GRADO

DE

DOCTOR EN DERECHO,

POR

P. Isaac Rovira y Carreró.



SANTIAGO:

IMP. Y ENC. DEL SEMINARIO C. CENTRAL

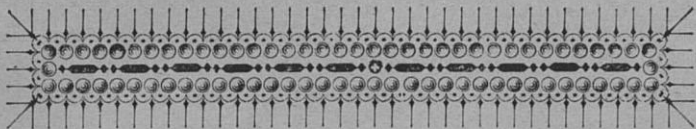
1894



Faint, illegible text at the top of the page, possibly a header or title.

Faint, illegible text in the upper middle section of the page.

Main body of faint, illegible text, appearing to be several paragraphs of a document.



¿Puede servir de base al derecho
de castigar, la sola consideración de
la defensa social?

Señores Jueces:

ENTRE las verdades que por sí mismas se imponen, entre los principios que nadie puede lógicamente negar, porque deducidos de la experiencia no necesitan demostración, figuran ciertamente la necesidad de castigar á los delincuentes, y el derecho indiscutible que para ello tiene la sociedad. Son estos verdaderos postulados de los que parten todas las escuelas que discuten la resolución del problema jurídico-penal; tanto las que al fijar sólo su atención en la *justicia absoluta* confunden lamentablemente el delito con el peca-



do, asignando á la pena como único fin la expiación, y fundamentando el derecho de castigar en una delegación directa de la justicia divina; como las que partidarias de una base material, estriban y apoyan su sistema en la *utilidad* individual, en la del mayor número, ó bien en el derecho que tiene la sociedad á impedir por medio de la intimidación, la repetición de hechos que le son perjudiciales; como las que, por último, conciliadoras de ambos extremos son un término medio, una balanza cuyos brazos sostienen de un lado el peso de la utilidad, y del otro la fuerza de la justicia en iguales ó en distintas proporciones según la índole de la escuela.

Puede haber discusión, y de hecho la hubo en la historia del Derecho penal, acerca de la imposición de ciertas y determinadas penas, ora por su barbarie, ora por su superioridad al delito, ora, en fin, por no creerlas conformes con las exigencias de la razón en un momento determinado del tiempo. Pero ni Montesquieu, ni Voltaire, ni Rousseau, ni Beccaria, ni Romagnosi, ni Pastoret, ni, en una palabra, tantos otros eminentes publicistas y sabios reformadores, se atrevieron á poner en tela de juicio el derecho que la sociedad tiene

para castigar á los delincuentes: y si hubo algún filántropo soñador (1) que ha podido creer en la desaparición posible de toda penalidad, gracias á una completa reforma de la sociedad actual y á la creación de un tipo humano ideal, los hechos hasta hoy, y el examen de lo que en sí es la humana sociedad, nos demuestran para lo sucesivo, que desgraciadamente ni la presente generación ni las venideras podrán disfrutar las delicias de ese *paraíso terrenal* que al prometerlo el citado publicista, acredita un completo desconocimiento de la naturaleza humana, en la que si la *perfectibilidad* es un hecho indubitable, la *perfección* no es más que una delirante esperanza.

No se le puede negar razón á Girardín cuando nos habla de la poca frecuencia con que hoy se cometen ciertos delitos debido á una policía vigilante, y á la reforma y transformación completas de las vías y modos de comunicación; la luz esparcida por las calles, en las que existía en otros tiempos la oscuridad, los cambios realizados en la situación económica, intelectual y moral de los pueblos

(1) Emilio Girardín. *Del derecho de castigar.*



por los progresos de las ciencias y de la civilización, han hecho difíciles y algunas veces imposibles ciertos delitos cuyo número se ha disminuido así (1); no es menos cierto también que los hechos y las estadísticas nos demuestran que la criminalidad, si bien parece estar reducida á un círculo más pequeño, no deja por eso de hacer alarmantes progresos con el aumento de la reincidencia.

Siendo un hecho la necesidad del derecho de castigar, se explican perfectamente los esfuerzos de los penalistas, iniciando, construyendo ó desarrollando los diversos sistemas científicos que aparecen en esta materia. Pero he aquí que esos esfuerzos librados hasta ahora en el terreno espiritualista de nada han servido: una nueva doctrina, de la que me ocupo en esta Memoria, ha rechazado con desprecio todo lo anteriormente hecho, considerándolo como un conjunto de viejas instituciones que ya han concluido su misión y no están al nivel del progreso de las ciencias. Rechaza la nueva escuela el antiguo espiritualismo, y por medio de la ciencia pretende dar un carácter más positivo, matemático y cierto al estudio

(1) Girardin. *Obra citada*, páginas 358 y siguientes.

del hombre y á la determinación de su responsabilidad social, destruyendo la base en que hasta el presente habían fundado los criminalistas sus distintas teorías, y demoliendo todo cuanto se había admitido como fuerza de discusión.

“Importa poco, (dice á este propósito mi respetable maestro, profesor de Derecho penal en la Universidad de Santiago) (1), que uno de los más ardientes propagandistas de la nueva escuela, escritor conspícuo é infatigable á la par que sabio profesor en la Universidad de Siena, afirme que “la escuela positivista *no se presenta para abatir cuanto se ha hecho hasta ahora en la ciencia*, sino que se presenta como un desenvolvimiento ulterior de esta misma ciencia criminal, de la que acepta aquellos principios y teorías que sean aprobadas por la observación de los hechos, criterio único de esta escuela;” ni que más adelante añada: “en el orden teórico aceptamos de buen grado y con reconocimiento todo cuanto hasta ahora ha hecho la escuela clásica en el estudio jurídico del Derecho. Importan

(1) Ramón Ramiro Rueda.—*Elementos de Derecho penal* (2.^a edición), tomo 1.^o, pág. 94.



poco, repetimos, estas manifestaciones, si el capítulo primero de su obra (1) lo destinó precisamente á pretender negar la libertad humana, cuya negación rotunda trae en pos de sí como lógica consecuencia, la desaparición de lo que pudiéramos llamar la clave del edificio científico, que los filósofos criminalistas habían considerado hasta el presente como asentado en sólidos cimientos.“

Comienza la nueva escuela demostrando con datos tomados de la psicología positiva, que el llamado libre albedrío es una ilusión subjetiva, y que la antropología criminal demuestra con hechos, que el delincuente no es un hombre normal, sino que constituye una clase especial que por anomalías orgánicas ó psíquicas representa en parte en la sociedad moderna, las primitivas razas salvajes en las que las ideas y los sentimientos morales, si existen, es en embrión.... y como consecuencia de todo esto, concluye fundamentando el

(1) Se refiere el Sr. Rueda á la obra de Ferri, *los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*.

derecho de castigar en la venganza de esas primitivas razas salvajes, venganza que al través de los tiempos fué cambiando de forma, más no de esencia, y hoy en día el fundamento de aquel derecho está en la defensa social; (conservación, prevención sociales, etc., etc.)

Estas ideas de defensa social, conservación, prevención, etc., ni son creación de la nueva escuela, ni tampoco tan nuevas como pudieran parecer; nada de eso, porque se han ocupado de ellas filósofos y criminalistas que ya han desaparecido; lo que sí, es cierto, que la doctrina de la defensa social ha cambiado de carácter desde Bentham y se ha materializado, por decirlo así, con el progreso de las ciencias fisiológicas, y hoy trátase de fundamentar el derecho de castigar en la reacción *instintiva, natural y refleja*, que vemos en todo organismo vivo al ser herido por una causa exterior.

Dice Guyau (1), que “si existe una ley general de vida, es la de que todo animal (y aun los vegetales) responden á un ataque con una

(1) Guyau, *Bosquejo ó plan de una moral sin obligación ni sanción*, (libro 3.º, cap. 2.º, pág. 162 y siguientes).

defensa, la cual es por sí misma muchas veces otro ataque en respuesta del anterior, una especie de choque, de reencuentro; existe en esto un instinto primitivo que tiene su origen en un movimiento reflejo, en la *irritabilidad* de los tejidos vivos, sin la cual la vida sería imposible. Los seres en los cuales este instinto estaba más desarrollado y más seguro han sobrevivido fácilmente, como los rosales provistos de espinas. En los animales superiores, tales como el hombre, el instinto de la venganza se diversifica, pero existe; en nosotros encontramos siempre un impulso que nos obliga á rechazar la ofensa y revolvernos contra aquel que nos la infirió, semejante á esas plantas que lanzan dardos. Es éste un fenómeno mecánico é inconsciente en su origen, que no se debilita ni pierde fuerzas, como tantos otros, al llegar á ser consciente, porque es necesario para la vida del individuo.“ Estas y otras análogas consideraciones han sido acogidas y desarrolladas por la nueva escuela italiana, que se inicia de una manera brillante con el célebre trabajo del profesor de medicina legal en Turín, César Lombroso, acerca de “El hombre delincuente.“ Lombroso, es un antropólogo tan distinguido, que dice

bien un célebre penalista español (1), cuando asegura que *en su afán de entenderlo todo, entra á saco en los dominios de los penalistas.*

Comienza el profesor italiano fijándose en ciertos hechos de los que parece deducirse, que algunos animales, al realizar un hurto, muéstranse primero vacilantes y como temerosos después de algún castigo, y que no es raro que los padres ó jefes lo impongan á sus hijos ó subordinados, cuando éstos practican ciertos hechos, ó se revelan contra su autoridad; si bien, confiesa el citado publicista, “este hecho parece ser mejor un desahogo de aquellos al no verse comprendidos ni obedecidos, que una idea educativa, ni menos, *una razón de derecho.*” Cita después en corroboración de lo dicho una multitud de casos concretos, y al comentarlos, tropieza siempre con la duda de atribuirlos á la *coscienza di un diritto*, pero los aprovecha para las consiguientes comparaciones entre ellos, y los tocantes al humano linaje.

Pasa luego al estudio de la pena en la hu-

(1) Aramburu, *La nueva ciencia del Derecho penal*, conferencia 1.^a, párrafo 5.^o, pág. 42.

manidad y dice: que en ésta se origina merced al abuso mismo del mal, y gracias á nuevos delitos. En los primeros tiempos en que la civilización era aún rudimentaria, la pena estaba en la venganza privada y sin límites de los pueblos salvajes: esta venganza no recae siempre en el ofensor, basta se satisfaga sobre alguno de su tribu, de su familia, perpetuándose á veces de generación en generación, y sólo pierde el carácter individual, cuando debe ejercitarse sobre uno más fuerte, ó cuando el acto dañoso recae sobre un jefe ó sacerdote. Más adelante, y vistos los grandes desastres que este proceder ocasionaba, hizo que se le sujetase á formas dadas, por ejemplo, la del duelo, en el cual el sujeto pasivo de la venganza se defendía con un escudo de los golpes que le asestaban; circunscribiéndose la facultad de vengarse, á determinadas personas. Estos desastrosos efectos fueron, con el tiempo, mitigándose más y más, pero sin perder por ello el primitivo colorido de la venganza; y ya ésta no consistía en la muerte, ó en las heridas causadas al contrario, sino en una cantidad de objetos que representaban un valor proporcionado á la ofensa, que es lo que se llama *sistema de composición*. Iniciada la

intervención del poder social naciente, el sentimiento de venganza por el procedimiento de *composición*, se aprovecha y ejerce con caracteres nuevos, principalmente por la teocracia; y conocida la índole de las antiguas religiones, y el influjo de la clase sacerdotal en los pueblos primitivos, se ven castigados delitos que crea la superstición, revistiendo los castigos una dureza tanto mayor, cuanto referidos los actos criminosos á los dioses, es más alta la jerarquía del ofendido y más grave la culpa del ofensor. Éste es el período de terror de la *venganza religiosa*. Por último, al reivindicar el Estado la potestad de manos de los sacerdotes, sustituyó á la venganza religiosa la venganza pública, y personificado aquél en la persona del soberano, asume éste, por decirlo así, las ofensas criminales, reaccionándose contra ellas en nombre del Estado á quien representa.

“En nuestros días —añade el profesor de Turín— se tropiezan á cada paso con vestigios de lo que eran la primitiva justicia, y el procedimiento penal de los salvajes; el duelo que señala el primer momento de tránsito á la pena y á la venganza legal, persiste todavía, y persiste también como un resto de atavis-

mo, la propensión belicosa á guerrrear contra los débiles, verdaderos homicidios legales en gran escala. El instinto de la venganza permanece vivísimo en las clases inferiores, y á menudo un clamoreo unánime se opone á la absolución de un loco que ha causado un daño grave, y las condenas son siempre más feroces cuando la comisión del delito está más próxima; variando la reacción según se trate del que ha ofendido á un personaje, ó del que ha lesionado á un ciudadano cualquiera. Huellas de la antigua multa sagrada en pago de los delitos, duraron por muchos siglos, y aun hoy pueden verse fácilmente; díganlo si no, las causas de la protesta de Lutero, las antiguas tarifas de la Santa Penitenciaría Apostólica, y la llamada Bula de Compromenda vigente en Sicilia hasta 1860. La ley de Lynch de los americanos, responde á lo que respondieron las asociaciones que quedan indicadas; la regia gracia de indulto, al igual de la institución incierta y corruptible del jurado, recuerdan aquellos días en los que el capricho de un déspota, de un sacerdote, ó el favor popular, eran la fuente de toda justicia; y por último, la oposición tenaz que halla la escuela jurídico-antropológica, que ve en el

delincuente un *enfermo* y pide sólo su secuestro, es hija de la pasión, que arraigando hoy en los ánimos, armó en época no muy lejana el brazo del vengador salvaje.....“ A esto puede reducirse lo que Lombroso escribe sobre lo que él titula *primordii delle péne*, principiando en los animales, y concluyendo en las actuales sociedades civilizadas.

Estas ideas, como ya hemos dicho, iniciaron la formación de la nueva escuela italiana (jurídico-antropológica) en la que hoy figura á la cabeza Ferri, discípulo de Lombroso. Recogió Ferri, las prolijas investigaciones de su maestro, é inspirándose en las mismas ideas, dió á luz un libro titulado: *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, en cuyo libro puede leerse lo siguiente: “Todo ser viviente lucha por la existencia, y por consiguiente, todo acto que ofende á las condiciones naturales de su existencia individual ó social, determina por parte del ser una reacción directa ó indirectamente defensiva, según que pueda servir para evitar las consecuencias dañosas del ataque, ó bien, castigando al autor sirva para evitar repeticiones futuras. He aquí el hecho primitivo, irresoluble, elemental que, constituyendo uno de los

caracteres propios de la materia organizada ó viva, por consecuencia de las condiciones esenciales de la sensibilidad y del movimiento, se manifiesta en las formas las más elementales de la vida, en el simple protoplasma como en el vegetal, y complicándose cuando se sube por la escala de los seres alcanza las formas más complejas y más elevadas de la defensa humana, individual ó social; á pesar de estas complicaciones, resultantes de la combinación de elementos físicos y psíquicos, de los medios de defensa y de las ideas ó sentimientos que les acompañan, se vuelve á encontrar siempre el hecho primitivo. Y ya que la biología y la sociología, lejos de estar separadas é independientes, se prestan, por el contrario, mútuo socorro y se penetran recíprocamente, puesto que la vida animal manifiéstase desde el principio por una doble serie de organismos individuales y sociales (1); así acontece que este hecho primitivo de la reacción defensiva á los ataques externos, asume desde los primeros momentos de la vida animal un doble orden de manifestaciones individuales y

(1) Rabbeno.—*Dei rapporti fra la biologia et la sociologia en la Rivista di filosofia scientifica* (5 de Marzo de 1883).

sociales, y esto es solamente porque prevalece la forma individual de reacción defensiva en los animales y la social en las formas humanas superiores. La evolución natural del magisterio punitivo, es una función que de individual en sus principios tórnase poco á poco eminentemente social. En suma; la reacción defensiva que se produce solamente bajo la forma de *irritación* en los animales inferiores, en el reino de las protistas de Heckel, se vuelve á encontrar, no solamente en los individuos, sino que también en las colonias animales que bajo la forma de defensa social resisten contra el peligro colectivo: esto llega á hacerse más evidente, cuando al elevarnos en la escala de los seres, hallamos la vida común cada vez más semejante á la de las sociedades humanas; así es, por ejemplo, que si una abeja intenta, para robar, introducirse en una colmena extraña á la suya, las abejas que custodian la entrada la rechazan y la persiguen juntas ó la matan si consigue penetrar dentro de dicha colmena. En los animales, especialmente en los mamíferos, los más inteligentes, llegan ya á una defensa social superior; porque no la ejerce la comunidad misma, sino un jefe que obra así, no solamen-

te por su propio interés, sino que también por el de la colectividad, así como sucede en las sociedades humanas, salvajes ó bárbaras. Muchos mamíferos viven, en efecto, en sociedad, bajo la dirección y la protección de uno de ellos, y así lo hacen los elefantes, los caballos, los bisontes y los monos (1). Esta evolución de la reacción defensiva se produce con analogía perfecta en las sociedades humanas.

Sigue Ferri el estudio de las diversas fases de defensa de las sociedades humanas, presentándola sucesivamente ejercida por el individuo bajo la forma de venganza individual, por la familia, la tribu y el jefe de la tribu bajo la forma de venganza colectiva; y al llegar á la organización complicada de las actuales sociedades civilizadas, en las que es necesaria la división de los poderes, entonces, y por virtud de esta necesidad, es un magistrado el encargado de la defensa social obrando bajo la elevada autoridad de la ley. Pero aún en esta complicación, dice Ferri (2), hallaremos siempre como base de la represión

(1) Ferri.—*Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, (pág. 87).

(2) Ferri.—L. c., pág. 87.

la idea simple y primitiva de la reacción natural para la conservación, cuya necesidad se impone á todos los organismos; á la sociedad, como á los animales.

Es la sociedad, para Ferri, como para los demás partidarios de esta escuela, un organismo complicado y vivo, que en nada se diferencia del de los animales; está sujeto como el de estos á esa endósmosis y exósmosis, á ese flujo y reflujo formados por la asimilación y disgregación, ya sean naturales; como nacimientos y defunciones: ya artificiales; como inmigraciones y emigraciones. En nada se diferencia la vida de este organismo de la de los otros seres, pudiendo ser ya interna ó biológica, ya externa ó de relación; y á pesar de las complicaciones que aumenta la civilización, obedece siempre á esa ley común y fatal que rige á todas las existencias: esta ley es la de la lucha por la vida, el continuo movimiento de acción y de reacción (1).

El hombre, como todos los demás seres, se halla sometido á leyes de orden diferente: físicas, biológicas y sociales, cuya violación

(1) Ferri.—L. c., pág. 115 y siguientes.



trae en pos de sí reacciones del mismo orden: físicas, biológicas y sociales también. Si un edificio, por ejemplo, se inclina tanto que llega á traspasar y *violar* la ley física del equilibrio; que exige que el centro de gravedad caiga dentro de la base de sustentación, vendrá en seguida la reacción, la pérdida de equilibrio, por cuya virtud el edificio se derrumbará: es una ley biológica la de que el alimento es una necesidad para la vida animal y vegetal; si *violásemos* esa ley privando al animal del alimento, ó á la planta de las condiciones necesarias para su desarrollo, resultaría indispensablemente la acción contraria, que en estos casos no sería otra más que la muerte. Desde el momento que en la sociedad surge el delito, mejor dicho la ofensa, la acción, en una palabra, que amenaza la seguridad ó el bienestar del cuerpo social, veremos aparecer en él como reacción necesaria y fatal, ese movimiento reflejo de la *irritabilidad*, la defensa, la pena.

He aquí una ligera idea de la nueva escuela italiana, tan rápidamente difundida, que sería tarea algo más que difícil ocuparme en todo cuanto acerca de ella se lleva escrito dentro y fuera de Italia; Garófalo, Setti,

Porto, Barcillai, Cogliolo, Puglia, Plugliesi, Licata, Morselli, Liog, Fioretti, Varaglia, Virgilio, Laschi, Tonnini, Bonomo, Turati, Colajanni, etc., etc., son otros tantos colaboradores de una obra común en el fondo; merced á sus estudios de Psiquiatría, de Antropología criminal, y especiales de la ciencia penal.

Otros autores hay, que partidarios de las mismas ideas, de las mismas preocupaciones exclusivas de reacción y defensa sociales, han llegado á un extremo inconcebible, asimilando al delincuente á un animal peligroso y dañino; y así escribe un célebre criminalista belga (1): “Las cuestiones: *mecanismo ó fuerza moral, determinismo ó libertad*, son del dominio de lo desconocido y nadie ha podido decir la última palabra acerca de ellas. Sin embargo, el determinista más convencido puede admitir el derecho de castigar. Supongamos que el mundo es un puro mecanismo, que todos los movimientos están en él previstos y regulados de antemano; habría, con todo, en esta gigantesca máquina, individuos

(1) Adolfo Prins.—*Criminalidad y represión*. (Bruselas, 1886, pág. 37).

útiles y otros peligrosos, siendo preciso tomar medidas contra estos últimos. El filósofo más convencido no se dejaría destrozar por un tigre hambriento, so pretexto, de que éste obedece á un instinto fatal, y con mucha más razón no se quedará desarmado contra el criminal, aunque fuese un tipo de regresión ó de neurastenia. Si hay una categoría de hombres á los que el instinto lanza á luchar contra la sociedad, no tiene ésta, en cambio, menos derecho para defender sus más preciosas conquistas, resistiendo la criminalidad de modo análogo que se resiste al rayo con el pararrayos, y la lucha que sostiene con el criminal, perfectamente legítima.“

Oigamos á Mr. Fouillée en la aplicación de las ideas precedentes de reacción y defensa sociales, contra el criminal asimilado á un animal dañino. Reproduciremos exactamente cuanto el autor dice en este particular, para no quitar nada á la fuerza de su pensamiento (1):

“¿Hay, pues, inconsecuencia ó dureza en poner á un hombre en la imposibilidad de

(1) Mr. Fouillée.—*La ciencia social contemporánea*, libro IV, cap. II, pág. 283 y siguientes.

hacer daño á los otros, aun cuando su inclinación sea un efecto fatal de su naturaleza? Lo que hay es dureza al no contentarse con la defensa social y el erigirse en juez de responsabilidades morales. Aun cuando la fatalidad de las inclinaciones fuese (lo que por otra parte es falso) tan completa en el hombre como en el animal, no perderíamos por eso el derecho de defendernos. ¿No golpeáis á un animal furioso ó astuto que os ataca, aunque su cólera ó su perfidia sean un conjunto de coincidencias empíricas de que es inocente? ¿Cuál es el juez, se pregunta también, que se atrevería á condenar al instrumento fatal de un crimen? Pero llevemos las cosas al extremo: si los puñales y los fusiles tuvieran inteligencia ó sensibilidad, si bastara castigarlos para desarrollar en ellos la fuerza de resistir á los bandidos que quieren utilizarlos, bueno sería el condenarlos y castigarlos. El juez se sentiría impotente y desarmado el día en que viera aparecer ante su tribunal, no una voluntad libre, responsable del mal que ha hecho, porque sabía que lo que hacía era el mal y que era libre en hacerlo ó no hacerlo, sino un temperamento esclavizado por pasiones irresistibles, un cerebro sobrecitado, un

brazo empujado al crimen por una reacción cerebral demasiado fuerte. En semejante hipótesis, la más ligera condena sería un abominable abuso del poder“ (1).

“Por el contrario, no parece que la defensa social sería aquí más legítima y más necesaria que nunca; y aun bajo esta exagerada hipótesis, si se entablara un diálogo entre el acusado y el juez, no le faltarían al juez respuestas. —El asesinato que yo he cometido, diría el acusado, proviene de mi temperamento y no de mi voluntad libre. —Esto prueba, respondería el juez, que debe ponerse en guardia ó defenderse la sociedad contra vuestro temperamento, como se pone en guardia ó se defiende contra una materia explosiva, la nitroglicerina ó el picrato de potasa, tomando, al efecto, las precauciones oportunas. —Yo no me he dado este temperamento, añadiría el acusado. —Tampoco pretendemos, replicaría el juez, atribuiros un demérito absoluto; no os juzgamos moralmente, no os acusamos, apreciamos vuestro carácter desde el punto de vista de la sociedad de que formais parte, desde el punto de vista del pacto social

(1) Caro.—*Problemas de moral social*, pág. 235.

y de vuestros compromisos. Aunque no seáis causa de vuestra deformidad y de vuestra fealdad, que os aleja del tipo ideal de vuestra especie y os aproxima al bruto, no por eso sois menos deforme, ni menos repugnante, ni, sobre todo, menos peligroso. —Pero soy digno de lástima, respondería el acusado. —También nos compadecemos de vos, contestaría el juez, pero nos compadecemos mucho más aún de vuestra víctima, que siendo de una naturaleza superior á la vuestra, ha muerto, mientras que vos vivís. —Es una necesidad inevitable que me liga á mi interés, diría el acusado. —La misma necesidad que invocáis nos liga, añadiría el juez, al interés de la sociedad por completo y al nuestro con esta diferencia: la de que nuestro interés es conforme á la perfección ideal de la especie humana y el vuestro no. —Pero, contestaría el acusado, mi naturaleza está *esclavizada á pasiones irresistibles*, mi cerebro está *sobrexcitado*, mi brazo ha sido *impulsado á cometer el crimen por una reacción cerebral demasiado fuerte*. —Si vuestro cerebro y vuestro brazo, respondería el juez, están atacados de tal enfermedad, no podeis hacer más que aumentar nuevas crueldades á

las anteriores, razón de más para defendernos y defenderos contra vos mismo, por lo cual, desde luego, os pondremos preso y después haremos un ensayo para curaros..... —Si hubiérais estado en mi lugar, replicaría el acusado, hubiéseis obrado como yo. —Seguramente, diría el juez, si yo tuviera vuestra naturaleza y si me hubiera hallado en iguales circunstancias, si, en una palabra, yo hubiera sido vos mismo, obraría como vos; pero, por otra parte, si vos estuviérais en mi lugar obraríais como yo voy á obrar; tened, pues, por cosa buena, el que sin cólera, pero sin debilidad, con sentimiento, con piedad, os separe de esta sociedad en la que sois incapaz de vivir por vuestras enfermedades intelectuales, y al obrar así no haré más que ejecutar las leyes aceptadas por vos, reprimiéndooos en vuestro propio nombre.

Puedo asegurar al Tribunal que este lenguaje, más que duro, paréceme muy dulce comparado con el que emplea el Doctor Gustavo Le Bon, que dice al tratar del mismo asunto (1): “Cuando una víbora ó un perro

(1) Doctor Gustavo Le Bon.—*Problemas antropológicos; la cuestión de los criminales.*—Revista filosófica, 1881, tomo 1.º, pág. 519.

rabioso me muerde, me cuido poco de saber si el animal es ó no responsable de su mala acción. Yo procuro protegerme impidiéndole hacerme daño ó dañar á otras personas, lo que constituye mi única preocupación. Ciertamente todos los criminales son irresponsables, en el sentido de que por su naturaleza ó por razón de las circunstancias no podrían ser más que criminales, ¿pero en qué merecen estos seres temibles más consideraciones que los millares de inocentes que enviamos á morir miserablemente en los lejanos campos de batalla, para defender el honor de causas que no conocen? "

Tal es, presentado por varios autores y con estilos muy diferentes, el fondo de la doctrina de la *defensa social* transformada por la filosofía positiva, la influencia de las ciencias fisiológicas y fortificada por la negación del libre albedrío. Ya hemos dicho al comenzar su exposición, que la tal doctrina, lejos de ofrecer novedad, no era otra cosa más que una resurrección de ideas emitidas en otra época por Beccaria, Bentham, Filangieri, Romagnosi, Carmignani y otros; es el mismo contrato social de Rousseau presentado bajo un nuevo aspecto, son, en una palabra, todas

esas exageraciones tantas veces refutadas y cuyo peligro ha sido puesto en evidencia por criminalistas y filósofos distinguidos. Si alguna diferencia existe entre las antiguas teorías y las nuevas relativas á la *utilidad y defensa sociales*, esa diferencia está en las causas que las han motivado.

En la primera mitad del siglo XVIII, la justicia penal no era otra cosa más que una imponente aglomeración de errores y barbaries que el transcurso del tiempo había ido amontonando en cantidad tal, que la necesidad de un pronto remedio se impuso con irresistible fuerza. Fué entonces cuando el individualismo desconocido ó despreciado, reclamó sus derechos de aquel poder que todo lo absorbía; fué entonces la época de los grandes hombres, de atrevidos reformadores; y al recuerdo de Beccaria, Bentham, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot, Mably, Pastoret y Romagnosi, surgen otros tantos esfuerzos encaminados á mostrar ante la faz del mundo, indiscutibles y sagrados derechos sepultados hasta entonces en las tinieblas del error: fué aquella la época (como dice Nyples) "que señaló en la historia del Derecho criminal, el comienzo de una nueva era; las leyes

penales que regían las varias comarcas de Europa, fueron desapareciendo sucesivamente, para ceder el lugar á Códigos nuevos fundados sobre otros principios; la ciencia del Derecho penal se desenvuelve rápidamente y produce obras que no pueden de ningún modo confundirse con las del período anterior... (1).“ Entre estas obras, entre aquellos esfuerzos, figuran, como ya hemos dicho, los trabajos de Bentham y Beccaria, y sus teorías de la *utilidad* y *defensa sociales* tenían por fin en su origen, luchar contra esa exageración inútil de severidad, suavizar la penalidad é imponerle como límite las necesidades mismas de esta defensa.

Por el contrario, la excesiva benignidad de los jueces de nuestros días, ese sentimentalismo perjudicial á las gentes honradas, el abuso de las circunstancias atenuantes y de las penas leves, y sobre todo el pararse demasiado en la apreciación de la gravedad del delito considerado en sí mismo, sin tener en cuenta las peligrosas tendencias del delincuente que ha hecho del crimen su profesión; fue-

(1) Nyples.—*Bibliothèque choisie de Droit criminel*.
—Bruxelles, 1894, pág. 26.

ron causa de la aparición de la nueva escuela, que haciéndose cargo de todos aquellos males, cuyas consecuencias se veían en el aumento constante de la criminalidad y sobre todo de la reincidencia, resucitó las antiguas teorías de la utilidad y defensa sociales, revistiéndolas de la forma que ya hemos expuesto. De esta manera trata de poner término á los peligros que constantemente correría la sociedad, si fijándonos sólo en el delito, prescindiésemos de las condiciones del delincuente; si éste está decidido á repetir, siempre que posible sea, el acto criminoso, de nada servirá imponerle la pena correspondiente, y una vez cumplida dejarlo en libertad; ese hombre será siempre un ser peligroso, que manifiesta inclinaciones antisociales y demuestra con su conducta que no puede vivir en sociedad, sea cual fuere la cuantía del delito. De aquí que la conclusión directa y lógica de este principio, es la subversión completa de los actuales principios de la legislación penal; es la supresión casi radical de la escala de los delitos, de la influencia, como causa de atenuación, de las circunstancias que han acompañado á la mala acción, y disminuyen su gravedad, por ejemplo, la poca importancia del perjuicio; es, en una palabra,

la aplicación á todos los criminales de profesión, de la medida llamada *eliminación del cuerpo social*.

Todas estas consecuencias, las presentan los innovadores adornadas con multitud de datos y argumentos tomados de las ciencias biológicas y fisiológicas. Es una ley biológica, cuya realidad está hoy día demostrada, la de *la lucha por la vida*, ley que trae en pos de sí como consecuencia el principio de la *selección natural*, por cuya virtud sólo pueden vivir aquellos seres que se adaptan al medio en que nacieron ó son transportados, y mueren aquellos otros cuya organización no es suficiente á resistir las influencias disolventes de aquel medio. Aplicada esta ley al orden social, tendremos que sólo es posible la vida común para aquellos individuos susceptibles de adaptarse al medio social; los que no pueden soportar sus necesidades y exigencias, es decir, los criminales que, á juzgar por los medios que esta escuela recomienda, son reputados de incorregibles, deberán desaparecer, tienen que ser eliminados de la sociedad, y esta eliminación se efectuará con una regularidad tan perfecta como en la naturaleza. En cuanto á los modos de eliminación propuestos, consistirán,

según Ferri (1) y Garofalo (2), en deportación perpetua, en prisión perpetua ó cárcel durante toda la vida y en ejecuciones capitales. Este último medio, el único verdaderamente eficaz, obtiene la preferencia de Garofalo (3); el destierro, dice, no puede practicarse en nuestra época, por cuidarse poco las naciones de recibir malhechores de los países vecinos; la deportación es ilusoria, puesto que se limita á hacer cambiar al condenado de comarca ó región, transportándole en medio de una sociedad diferente, es verdad, pero cuyas condiciones no podrá tampoco soportar, como no pudo sobrellevar las de la sociedad que le elimina; en fin, la reclusión perpetua sobre el suelo de la madre patria, ofrece numerosos peligros de evasión. La pena de muerte es, según Garofalo, *el único medio absoluto y completo de eliminación y de selección*, que deberá aplicarse *sin piedad* á todos los criminales que se reputen incorregibles; debe abolirse toda piedad, añade, porque los hombres que tengan sentimientos de humanidad no pueden experimentar ninguna simpatía

(1) Ferri.—L. c., pág. 153 y siguientes.

(2) Garofalo.—*Criminalología*, pág. 42 y siguientes.

(3) Garofalo.—L. c., páginas 44 y 45.

hacia los malhechores, privados de todo sentimiento humano y que no merecen, por esta razón, llamarse nuestros semejantes (1); porque, según dice Espinas, las afecciones simpáticas mejor definidas tienen por consecuencia el *odio* de los seres cuya imagen, aunque *vecina* ó próxima, no es reconocida como semejante, y su exclusión del yo *colectivo* (2).

Voy á concluir la exposición ligerísima que estoy haciendo de la escuela penal positiva, apuntando las conclusiones culminantes de la misma. Helas aquí:

El delito no tiene valor ético alguno; es un fenómeno natural, un resultado necesario de las leyes fisiológicas que rigen el desarrollo y la generación.

El delincuente es un ser anómalo rezagado en la marcha evolutiva, un desventurado que trae al mundo la vocación fatal del crimen.

La pena, como pena es un absurdo y su eficacia para reprimir los delitos una mentira; el bien de la especie exige que se elimine y aún que se mate, pero sin que se

(1) Garofalo.—L. c., páginas 48 y 49.

(2) Espinas.—*Las sociedades animales.*



cuente ni mencione la culpa del eliminado ó del muerto y sólo con arreglo á su temibilidad.

El juicio criminal que se practica en las naciones que blasonan de cultas, es un peligro para la sociedad, es el triunfo de la ignorancia y la farsa de la justicia.

Fijando, ahora, nuestra atención en todo cuanto acabo de decir, nos encontramos con que la fuerza de la doctrina, el fundamento del derecho de castigar, descansa en el privilegio del número. Siendo así, ocúrreseme preguntar, siguiendo á Rossi, que si se castiga á un individuo para el bien del mayor número, de un millón de hombres, por ejemplo, ¿se haría lo mismo para mil, para quinientos, para uno? Si contestamos afirmativamente incurriremos en la mayor de las injusticias, y si lo hacemos de una manera negativa, confesamos la falsedad de un principio incapaz de soportar las consecuencias que lógicamente se deducen de él.

En efecto: los números no son más que fórmulas abreviadas para repetir diez, ciento,

mil veces el número uno; y lo que un hombre no puede hacer, ¿por qué lo han de poder efectuar un millón? Supongamos que para el bien de la mitad más uno de los individuos que viven en el mundo, se hace necesaria y se efectúa la desaparición del resto; si se repite la misma necesidad con los que quedan viviendo, tendremos que concederles igual facultad; y así sucesivamente hasta que restando sólo tres individuos, dos tendrían perfecto derecho á matar á uno; y finalmente, si uno de los dos restantes creyese conveniente el vivir sólo, concluiría por matar á su único compañero. Todo esto, que á primera vista pudiera parecer exagerado, es, por el contrario, una de tantas consecuencias que forzosamente se deducen del mencionado principio de la defensa social; y si esta consecuencia es absurda é inadmisibles, igual carácter habrá que asignarle á la doctrina de donde partió.

Por otra parte, y mirando la cuestión desde un punto de vista distinto, tendremos que si se fundamenta el derecho de castigar en la conveniencia ó utilidad; si se impone un mal porque *conviene* imponerlo, y sólo por esta razón, entonces desaparecerá toda idea de justicia para convertirse en un reflejo fiel de

las distintas exigencias de la sociedad en los diversos momentos de la historia; de lo que resultaría que, aun suponiendo que no se castigasen más que esos actos llamados inmorales, como la conveniencia es cosa variable y dependiente de las circunstancias, lo que en el día de hoy se cree digno de castigo, en el de mañana lo sería de recompensa. La justicia cumplirá su misión, satisfaciendo los *deseos*, el *interés* de la multitud, aun cuando ésta, torcida por falsas apreciaciones, pida, fanática y obcecada, la muerte de un inocente; porque no hay inocentes ni culpables ante esta doctrina; porque no es posible distinguir el bien del mal allí donde impere sólo la utilidad, y porque, en fin, si para justipreciar los hechos tomamos como norma de apreciación la amplitud de semejante principio, tendremos que renunciar al ejercicio de aquella facultad; en vano buscaríamos en el mundo acciones lícitas ni actos depravados, hombres criminales ni ciudadanos honrados; porque los sanos principios de la moral y de la justicia, encargados de diferenciar los unos de los otros, desaparecerán, cediendo su lugar á una sola mira, cuya dirección será la marcada por la mutable veleta de la utilidad: el mal-

hechor que la sociedad rechaza de su seno y el soldado que muere en defensa de su patria, no son ni más culpables, ni más inocentes el uno que el otro, están igualmente sometidos á una sola ley, son sacrificados al interés público.

Cómodo, muy cómodo, resulta el sistema de la utilidad, sobre todo, para justificar los hechos más vergonzosos de la historia y acallar en la conciencia pública, los mil y mil remordimientos que en muchas ocasiones creó su desvarío. No vituperemos la institución de la esclavitud, cese la crítica que á todo hombre sensato arranca la expulsión de los judíos y la de los frailes en España; no nos causen horror las famosas vísperas Sicilianas, las San Bartolomé, las Dragonadas, las matanzas de Septiembre y el Tribunal revolucionario en la vecina república; apartar los ojos con espanto de semejantes excesos, sería ridícula sensiblería, ellos son perfectamente buenos y santos, porque así aparecieron ante el común interés..... ¡¡La utilidad general, el interés común!! He aquí un concepto que todo lo abarca; ante él, los sagrados principios de la personalidad individual desaparecen, como desaparecerá todo aquello que no sea útil generalmente considerado; ya no son los dere-

chos individuales una garantía, una salvaguardia de la persona; son, por el contrario, otros tantos enemigos que entran á engrosar las filas del *mayor número*, y á formar un derecho social, ante el cual el individuo no es más que un instrumento que se emplea á voluntad, sin que tenga por su parte derecho á resistir, ni aun el de quejarse.

Ya hemos dicho que una consecuencia de la anterior doctrina, es la de la defensa social, propuesta por Locke y resucitada hoy por la nueva escuela. Desde luego tendremos que reconocer que los partidarios de la defensa social, están más cerca de la verdad que los que fundamentando el derecho de castigar en el público interés, persiguen inútilmente, como queda dicho, la solución del problema jurídico-penal. Es la legítima defensa un derecho natural, incontestable, que nos permite, en ciertos casos, usar para con nuestros semejantes del rigor más extremo; pero el mencionado derecho no basta, por sí sólo, para darnos la razón de un sistema de justicia criminal, porque ya se le considere en su origen, ya en su acción, ya en su término, repugna siempre á que se le equipare con el derecho de castigar.

Es la defensa, en su origen, un movimiento instintivo, natural, necesario é inmediato, que independiente de toda idea de moralidad, de razón y de justicia, sólo mira á la conservación del sujeto acometido, á la necesidad de evitar el golpe, sin parar mientes en la intención, en los motivos del que nos ataca. Y si la defensa reviste los mencionados caracteres de necesidad, en su origen, no podrá menos de ostentarlos iguales en su acción y en su fin, ejercitándose tal cual nuestro instinto la provoca, de una manera ciega y violenta, sin otra regla que el apremio de una necesidad inmediata, sin otras consideraciones que no pueden sugerir los impulsos de un instinto que obliga á repeler el mal con el mal, la fuerza con la fuerza; limitándose y concluyendo el ejercicio de aquella facultad, allí donde acaben y terminen las causas que la motivaron; termina, en una palabra, con la cesación de la ofensa, en aquel punto en donde, de continuar ejerciéndose, se transformaría en odiosa venganza contra el ofensor. Si la defensa nace en el momento en que el peligro se presenta, rechazando el ataque y resistiendo al agresor, no es más que una oposición á la ofensa, y siendo así, tendrá que des-

aparecer cuando ésta concluya; de otra suerte y de continuar descargándose los efectos de la misma contra un agresor que ya no puede hacer daño, perdería el carácter de defensa y pasaría á ser una venganza; venganza cuyo límite es la pasión que la inspira y cuya intensidad depende del carácter más ó menos irascible de quien la ejerce.

Lo dicho, podemos hacerlo extensivo á la sociedad, cuando nos la presentan sometida, como todos los seres vivos, á esa ley de resistencia instintiva contra los ataques que amenazan su existencia. Si en esta resistencia, la sociedad se defiende, entonces el derecho de castigar no sobrevive al delito, y de ejercitarlo después de consumado éste y cuando el delincuente se halla en manos de la justicia, entra la sociedad en el terreno de la venganza, cuya variabilidad y poca solidez le quitan las condiciones necesarias para poder fundamentar en ella el derecho de castigar.

No se diga que la sociedad ejerce la represión, no principalmente contra el delito consumado, sino más bien como medida preventiva para el porvenir; porque “este razonamiento, dice Franck, puede sorprender las inteligencias poco preparadas para discusiones de esta

clase, pero no resiste un examen severo. Por de pronto no destruye lo que sabemos, lo que la experiencia nos enseña del derecho de defensa. El derecho de defensa, no es la ejecución de una amenaza hecha anticipadamente, porque una amenaza puede ser una injusticia. La prueba de que la amenaza no se justifica por sí, es que no osaríais consignar en vuestras leyes penales castigos horribles para faltas ligeras; es que no intentaríais proporcionar la extensión de vuestras amenazas con la gravedad de los crímenes que quereis reprimir. Haceis intervenir aquí, no únicamente, como afirmáis, el derecho de defensa, sino el principio de la justicia distributiva ó el derecho de castigar, y es el derecho de castigar quien ocupa el primer lugar, quien desempeña el papel de principio regulador“ (1). Los positivistas, al apoyarse en la reflexión anteriormente indicada, incurren, además de los errores que hemos expuesto, en una grave inconsecuencia: porque si la prevención, la amenaza, suponen un juicio y un cálculo hecho con anterioridad al mal, y siendo estas

(1) A. D. Franck.—*Filosofía del Derecho penal*, versión española de Manuel Gil Mestre, 1878, pág. 36 y siguientes.

operaciones puramente espirituales, claro es que no pueden arrancar, ni mucho menos, de ese *movimiento de irritabilidad* que nace sólo y exclusivamente por la provocación de la ofensa y sin otras miras ulteriores.

El sistema de la defensa social, merece idénticas censuras, que ya hemos dirigido al sistema del interés público: si la justicia penal se realiza satisfaciendo la sociedad ese deseo instintivo, que la obliga á repeler la agresión con la fuerza, claro es, que la diferencia entre el inocente y el culpable desaparece; no existirán otros criminales más que los que el *movimiento de irritabilidad* del cuerpo social pueda crear, y siendo esta la única norma de distinción, todos serán igualmente culpables é inocentes; el hombre de bien, que tenga contra sí las apariencias del crimen, será desde luego criminal. ¡¡Un falso criminal creado por el ciego desvarío de una sociedad impresionable!!

Pero aún hay más: no nos separemos del plan que los positivistas siguen al examinar la pena en la historia; fijémonos en esos hechos que la escuela italiana nos presenta como otros tantos argumentos en pro de su doctrina, y veremos que no es muy exacta la apre-

ciación que de los mismos se hace. No hay razón alguna para afirmar, gratuitamente, que el punto de partida de la idea de la justicia esté en la mera reparación de un daño, en el precio de la sangre derramada, porque, (como dice bien un célebre penalista español) (1), “aquella idea apareció siempre unida á la del castigo, á la distinción de acciones lícitas é ilícitas; desde los tiempos más remotos, los primeros malhechores, son puestos, por virtud de su propia obra, fuera de ley, fuera del amparo de lo que ellos mismos han quebrantado; y así Caín, el fratricida, una vez cometido su crimen, siente su inmensa pesadumbre y espera á que, errante y fugitivo, cualquiera que le encuentre le matará y clama á lo alto para obtener la inmunidad de su amenazada existencia.”

La venganza y la composición no son más que formas brutales, pero formas al fin, que expresaban un sentimiento que por el pronto no disponía de mejores medios para manifestarse; y al fijarse los positivistas en aquellas formas, y al pretender arrancar de ellas el

(1) Aramburu.—L. c., *conferencia* 4.^a, párrafo 2.^o, página 192.

fundamento de la justicia penal, parece que les ciega tanto la preocupación de sus ideas, que no les permite ver más allá y pasar de la forma al fondo, deduciendo del signo la cosa significada, porque no siempre el signo exterior es representación cabal y exacta de lo por él exteriorizado, y así, por ejemplo: "porque en los comienzos del arte, el artista incipiente grave en dura piedra, ó modele en impura arcilla los contornos de la figura humana con líneas defectuosísimas, no hemos de suponer que los hombres de entonces, los que él mismo tenía delante de sus ojos, tuviesen aquellas proporciones absurdas, aquellos ridículos rasgos, aquel inverosímil aspecto con que se los presentaba" (1).

El salvajismo, la barbarie, la civilización con su variedad de grados y aspectos, tienen modos de exteriorización de lo penal, que se reproducen casi indefectiblemente en la vida de los pueblos. Manifiéstase la acción penal, primeramente, en el individuo sensible á la ofensa y á la venganza, mientras no se constituyen colectividades coherentes y civiles, y al pasar al poder social que en éstas impera,

(1) Aramburu.—L. c., pág. 197.

la facultad punitiva se traduce en expresión de aquel principio autocrático, moral ó político que le da base y que se comunica al delito, á la pena, al juicio, imprimiéndoles distintos caracteres; pero esto no quiere decir que todas esas tradicionales formas de la justicia punitiva, fueron una verdadera lucha con el delito, sino más bien una lucha salvaje con el delincuente, porque ninguna de ellas carece por completo de toda idea de sentimiento y de justicia, de culpabilidad, de pena, de todo criterio, en fin, para distinguir el bien del mal en lo que respectivamente reclaman uno y otro. Negar esto último y fijarse únicamente en la materialidad de los hechos, sin parar la más ligera atención en lo que estos puedan significar, en su razón de ser, y aparecer en el tiempo, equivale á alterar el rigor histórico y generalizar sobre un simple dato que conviene á la defensa de la teoría sustentada; por eso cuando afirman sus partidarios que la pena no significa, en sus orígenes, más que *un pago* por la ofensa, una mera *indemnización* material, no se fijan en que el sistema de *composición* no fué en realidad más que un momento, nunca el primero, de la historia de la penalidad, un *sustitutivo* de procedi-

mientos anteriores, sólo posible en tiempos de relativo adelanto general, por suponer ya la propiedad privada, sin que tuviera aplicación á todos los casos, y sin que en aquellos en que la tiene, satisfaga completamente las exigencias.

Si en la historia y aun en las mismas leyes de aquellos remotos tiempos, las ideas pena y venganza, aparecen identificadas, no es ésta razón suficiente para que hoy se incurra en la misma lamentable confusión. El filósofo criminalista debe parar su atención, no solamente en lo que fué, sino también en lo que debe ser, oponiendo los resultados de la reflexión y de la observación, á los instintos ciegos y salvajes: si esto hacemos; si el materialismo de los hechos, no apaga las luces de la inteligencia, aparecerá, con perfecta claridad, la diferencia grande que existe entre aquellos dos conceptos. La venganza es una forma del odio, como el castigo lo es de la justicia; la venganza, como tiene por única norma la pasión que la inspira, lejos de perseguir al mal en sí, vuélvese únicamente contra todo aquello que constituye un mal á juicio del que la emplea, agregándose lo mismo á lo equitativo que á lo más injusto. Un malva-

do se venga de la oposición con que el hombre de honor intercepta sus inicuos deseos. Nerón se vengó de Séneca, Enrique VIII de Tomás Morus, y en estos casos, é infinitos más que pudiéramos citar, la venganza ha existido sin que por ello se ejercitara el derecho de castigar; porque, para esto, era necesaria la existencia de un mal, la presencia de un culpable: la pena supone la justicia respecto de quien la sufre; supone el derecho respecto de quien la ejerce.

Nada digamos cuando, al llegar á las actuales civilizaciones, nos llama la atención Lombroso hacia esos vestigios de atavismo que en ellos aparecen y con los que se trata de demostrar, una vez más, la verdad de la nueva escuela. Es cierto que se ven casos en la historia, que en nada responden á los adelantos de la época; en esto no podemos menos que conformarnos con el profesor italiano; pero esos hechos, esos casos excepcionales, nada dicen ni en pro ni en contra de la teoría mencionada; nos dicen, sí, que no habiendo perfección posible en este mundo, imperfecta tendrá que ser la normalidad en la marcha y desarrollo progresivo de los pueblos. ¿Por qué la ley de Linch, v. gr., ha de ser una *resu-*

rrección de las sectas organizadas en los albores de la justicia, y no uno de tantos sucesos que aparecen y se explican perfectamente, sólo con parar la atención un momento en las *necesidades* de una época determinada de la historia? ¿Por qué ha de ser un *vestigio de atavismo* y no una *ley que la necesidad exige* allí donde el Estado sea impotente para reprimir los desórdenes?

He aquí, señores, la crítica que me merece un sistema de justicia penal, que fijándose sólo en hechos aislados y no descansando sobre ninguna base seriamente aceptable, lejos de justificar, por sí sólo, el derecho de castigar, está condenado por lo absurdo de sus principios y las consecuencias prácticas excesivas que produce. Intimidación, eliminación; estas palabras encierran todo el sistema penal positivo y los peligrosos abusos á que se presta. De una parte, una crueldad, un salvajismo que están fuera de nuestras costumbres; de la otra, una sencillez y dulzura sorprendentes; de un lado el cadalso, como medio mejor y más seguro de eliminación; del otro la traslación y la relegación, medidas tan humanas como imposibles de realizar.

Todas las consideraciones anteriormente expuestas, y más aún que pudieran aducirse si la índole de este trabajo me lo permitiera, demuestran que la defensa social no puede, por sí sola, justificar un sistema de justicia punitiva. No niego que aquella defensa es uno de los fundamentos en que descansa el derecho de castigar, pero de esto á asegurar que sea el único, hay mucha distancia. Sería muy arbitrario el pasar por alto y no fijar nuestra atención en los bienhechores efectos de la experiencia sobre la ley penal; y tanto es esto así, que podemos tener la casi certeza de no equivocarnos, al afirmar que todos los progresos y plausibles recomposiciones de las leyes penales, han sido hechos bajo el imperio de aquellas ideas.

En efecto: cada generación lega á las siguientes, un cúmulo más ó menos completo de consideraciones y resultados entre los que se encuentran verdaderos tesoros que no son de despreciar. Además, el examen comparativo de las legislaciones extranjeras, hoy día conocidas, nos da magníficos resultados que, con

el tiempo, contribuyen también á elaborar el progreso del Derecho penal. Si cojemos, por último, para corroborar lo dicho, la ley penal de cualquiera país, y remontándonos á su nacimiento, examinamos su desarrollo en el tiempo hasta la época actual, veremos que todas las modificaciones porque ha pasado, y los cambios que está llamada á sufrir, son hijos de la experiencia que aconseja á los legisladores de todas las épocas, la preocupación de la utilidad social, de la protección y del bienestar de todos.

Por la utilidad social y sólo por ella puede explicarse el que las esferas del Derecho penal y de la ley moral sean distintas, no solamente en lo que atañe á su contenido, si que también en cuanto el Derecho penal entra, á veces, en terreno completamente ajeno á la moral cuando crea los delitos de caza, pesca, forestales y otros muchos, que, moralmente considerados, no pueden llamarse tales (1).

(1) A propósito de esta cuestión no debemos pasar en silencio una de las objeciones que tuvo á bien dirigirme un respetable miembro del Tribunal, ante el cual he tenido la honra de disertar. Nos ocuparemos de ella en la inteligencia de que ha sido la que dió algún calor al debate, y expuesta con toda seriedad, formalidad y entereza, por el ilustre maestro, ya que en ella trató de hacernos ver

Me parece que ninguna duda puede ocurrir en todo cuanto tengo dicho, y no podemos menos de estar conformes con la nueva escuela mirada desde el punto de vista mencionado. En lo que no estamos de acuerdo, lo que no podemos admitir, es su censurable exclusivismo cuando al arrancar de antiguas tradiciones, forma su edificio en la base de la utilidad, constituyendo ésta la única mira del legislador al formular la ley penal; perfectamente que la utilidad general sea digna de te-

hasta dónde llegaban sus profundos conocimientos científico-penales.

Refiriéndose á lo por nosotros sustentado, que los delitos de caza, pesca y forestales, *moralmente* considerados, no son en sí verdaderos delitos sino ante la ley que los pena, asombrado ante nuestra afirmación, sin duda alguna tan nueva para él —y que á nosotros tan vieja nos parecía— nos objetó en la forma siguiente: me extraña mucho, dijo, oír en labios de un licenciado en Derecho (textual) que los delitos de caza y pesca no son en sí tales delitos, puesto que desde el momento en que la ley los pena, son ya actos punibles y como tales dignos de castigo, porque la ley no declara nunca la clase de delitos sin razones poderosas para ello: por eso, nos decía, los actos mencionados son en sí verdaderos casos de delincuencia.

Hemos contestado en éstos ó parecidos términos: aparte de que tratamos del delito en el terreno filosófico y no de los que la ley declara tales, en este caso, los delitos de caza, pesca y forestales, aparecen consignados en los

ner en cuenta, pero es necesario además que tanto el poder social como el legislativo se fijen en la justicia llamada á establecer y medir la penalidad. Lo mutable de la utilidad, requiere algo sólido é invariable, y este algo es el sentimiento de justicia, que arrancando de la moral, fija y regula aquella necesidad.

• La inspiración de este sentimiento es la única llamada á evitar que el legislador acuse criminalmente actos que constituyen el ejercicio de derechos respetables, aun cuando el *común*

Códigos obedeciendo sólo á razones de utilidad y conveniencia, debiendo comprenderse perfectamente que desaparecidas éstas, desaparecerán igualmente aquellas manifestaciones de la ley penal. Como es un hecho que nuestras leyes no consideran delitos de caza, á los actos de este género realizados en época que no es de veda; como es asimismo un hecho que el contrabando no es delito, en los países en que exista ó pueda existir el libre cambio; y como, por último, es perfectamente admisible el hecho de darse un buen Código penal que para nada mencione los delitos forestales.

Creímos que con lo dicho no subsistiría una objeción, que al principio nos pareció de pura fórmula, sin sospechar que había de llegar un momento, en el que, cansados de discutir, nos vimos obligados á guardar cada uno su respectiva opinión, sin haber podido llegar á un acuerdo.

Gracias á la benevolencia del resto de los señores del Tribunal, que juzgó admisible lo contenido en este humilde trabajo.

interés juzgue necesaria su no realización.

Al desprecio de la justicia debemos aquellos poderes tiranos, despóticos y atentatorios contra los más fundamentales derechos del ciudadano, y las obras excesivas de estos detestables poderes, han caído con ellos bajo el desprecio y la indignación de los pueblos momentáneamente esclavizados. Ningún legislador podrá establecer una exacta y equitativa proporción entre la pena y el delito, si despreciando el sentimiento de la justicia se fija sólo en el de la utilidad; tendrían que resultar leyes penales excesivas ó efímeras, de difícil aplicación y contrarias al general sentimiento de justicia.

La consideración de lo justo desempeña también un papel muy importante en la clasificación y graduación de las acciones punibles; y de ahí, que, al prescindir la nueva escuela de aquella consideración, tropieza con grandes dificultades, como lo prueban los esfuerzos de Garofalo en este punto. Un ejemplo en corroboración de lo dicho: nadie niega que el parricidio es considerado, en todas partes, como el más odioso de los crímenes y superior en criminalidad al homicidio, así como éste lo es respecto al robo; pues bien, teniendo en



cuenta sólo la utilidad social, debiera castigarse al robo más que al homicidio, y á éste más que al parricidio; por la razón sencilla de que siendo más frecuentes los robos que los homicidios, la *defensa social* exige castigar más severamente á los primeros y proporcionar la pena á la frecuencia del delito, á la magnitud del peligro que esta frecuencia hace correr á la sociedad; lo mismo diríamos del homicidio respecto al parricidio. Y si los legisladores, aun los más imbuidos en las doctrinas utilitarias, se han apartado de las consecuencias lógicas de su escuela, es porque siempre los hombres han conservado su naturaleza humana, y obedecido, por lo tanto, á ese sentimiento moral de la justicia, bien sea con conocimiento de lo que hacían, ó bien sin darse cuenta de ello.

Por todo cuanto llevo dicho se podrá conocer cuáles son mis ideas en esta materia: no son otras más que las del sistema ecléctico, único que con el doble temperamento que asigna á la penalidad, se pone al abrigo de toda exageración. Es la doctrina definida por

Broglie (1), Guizot (2), Cousin (3), Rossi (4), Faustino Elie (5). Es el sistema que tan perfectamente sintetiza Ortolán en estas palabras: “tiene la penalidad, en cuanto á la medida de las penas, dos límites: el de lo justo y el de lo útil; no puede superar ni al uno ni al otro, nada más que lo que es justo, nada más que lo que es útil; al menor exceso en cualquiera de estos dos límites, se suspende para la sociedad el derecho de castigar (6).”

De esta manera se evitan los errores en que incurren los partidarios de la doctrina de la absoluta justicia, cuando entregan al juicio de los hombres, actos que sólo á Dios es dado castigar; nos apartamos también de aquellos otros que asignando á la pena como único fin la corrección del culpable, preocupáanse sólo de la enmienda del mismo, y descuidan la necesidad de la represión; sacrificando, así, los

(1) De Broglie.—*Revista francesa de Septiembre de 1828.*

(2) Guizot.—*De la pena de muerte en materia política.*

(3) Cousin.—*Introducción á la traducción del Gorgias de Platón; de lo verdadero, de lo bello y del bien.*

(4) Rossi.—*Tratado de Derecho penal.*

(5) F. Elie.—*Introducción al Derecho penal de Rossi.*

(6) Ortolán.—*Elementos de Derecho penal*, núm. 205.

intereses generales de la sociedad, al individuo; y, por último, no incurrimos en las afirmaciones erróneas de la escuela positiva, que partiendo de la negación del libre albedrío, marca con el sello de la fatalidad todos los actos punibles cometidos por el delincuente, fijándose sólo en el mal social, en la utilidad común, en la defensa de la sociedad. La escuela ecléctica, por una sabia y justa combinación de elementos tomados de aquellas escuelas, da plena satisfacción á las exigencias de la justicia y de la sociedad; evita el vicio de los extremos y ocupa el lugar intermedio asignado á la virtud.

Según la doctrina que profesamos, las ideas de justicia y de necesidad social, lejos de estar en pugna, se contrapesan recíprocamente, limitando cada una de ellas las exageraciones y excesos de que adolezca la otra; de esta manera se concilian los intereses de todos y cada uno; los de la sociedad con la garantía de la defensa y protección de su seguridad, y los del individuo, con la de la justicia y respeto á la ley moral.

Lo dicho puede reducirse á la siguiente proposición general: *al poder social sólo le es dado castigar actos contrarios á la ley*

moral cuando éstos lastiman los intereses de la sociedad; y en la imposición de la pena, no podrá nunca excederse de lo que pida la justicia y de lo que exija la necesidad de la defensa social. Es decir, que si la *defensa social* pide para todo delito una represión y una condena que sirvan de ejemplo y de terror á los malvados, quiere la *justicia* que la condena sea merecida, que el delito sea *imputable* al agente, y que éste tenga responsabilidad de su acción. No basta que el culpable sea la *causa material* del delito, es menester también que sea su *causa inteligente y libre*, y sólo reuniendo estas dos condiciones podrá ser justamente condenado. Porque no reúnen estos requisitos, la ley no castiga al niño, ni al loco, aunque permite tomar respecto á ellos y en interés de la seguridad pública, medidas coercitivas, que aunque les privan de su libertad y les someten á una encarcelación más ó menos larga, no tienen por eso el carácter de castigo. La misma explicación hay que darles á todas las circunstancias exigentes que nuestro Código penal menciona (1),

(1) *Código penal español*, reformado y publicado en 1870, (libro 1.º, tít. 1.º, cap. 2.º, art. 8.º)

entre las que se encuentran las anteriormente citadas. Además: siendo susceptible de diversos grados el discernimiento y la libertad; estando unas veces la inteligencia clara y completa, y otras en parte oscurecida; estando la inteligencia y la libertad tan pronto en su vigor, tan pronto, por cualquier causa, debilitadas, ha habido que admitir en las legislaciones graduaciones correspondientes en la penalidad. Pudiera decirsenos, que todas las leyes penales, que se fijan principalmente en la intención del culpable, incurren en una grave inconsecuencia al hacer abstracción, en ciertos casos, de aquella intención, cuando castigan las faltas de simple policía y los delitos-faltas: á esto podemos contestar que la inconsecuencia es más aparente que real; se explica por razones particulares, por la naturaleza misma de las infracciones, por consideraciones de utilidad práctica y especialmente porque la ley castiga, más bien, en estos casos la imprudencia, la negligencia y la falta, que el dolo. Si lo dicho no parece suficiente, podemos también afirmar, sin temor á equivocarnos, que la ley en los mencionados casos, lejos de apartarse, permanece fiel á las ideas de imputabilidad; porque si bien es cier-

to que castiga una simple imprudencia, una negligencia reprehensible, cierto es también que aun en estos casos, se fija siempre en si el agente es ó no responsable de su acción; por eso la jurisprudencia y la doctrina eximen de pena á la persona que, por la edad juvenil ó alteración de sus facultades mentales, por consecuencia de un caso fortuito ó de fuerza mayor, por una imposibilidad material ó jurídica, no ha podido darse cuenta de su negligencia y no podrá con justicia ser acusado de delito alguno.

La inteligencia ó discernimiento y la libertad, son los elementos esenciales de la responsabilidad, tanto moral como social; el hombre que no reúna aquellas facultades, en nada puede hacérsele responsable de su acción; tendría la misma responsabilidad que un río, de los estragos que produce, ó un incendio de los efectos desastrosos que pueda causar.

Esta es la única doctrina recomendable, por su grande elevación de miras, por su feliz conciliación de la moral más pura con las necesidades materiales de la vida, y por ser la única llamada á resolver la cuestión jurídico-penal que sirve de título á esta Memoria.

Digan lo que quieran los adversarios de la escuela positivista, no es la doctrina que sustentamos, responsable de los abusos que se la atribuyen; es, por el contrario, la única que puede tener una balanza justamente igual entre las necesidades de la represión y los derechos del individuo. Si alguna vez se han exagerado éstos, si en la práctica se ha mostrado frecuentemente demasiada indulgencia, hasta el exceso, respecto de los delincuentes, es preciso no hacer responsable de estos males al principio filosófico, sino solamente á la interpretación con todas sus dificultades; es preciso hacer responsables de ellos á los que en la aplicación han hecho prevalecer uno de los elementos de la doctrina ecléctica sobre el otro, falseando, así, su espíritu; es preciso hacer responsable, en una palabra, á esta vida deficiente y material en la que es imposible equiparar el espíritu á la materia, la definición filosófica con las exigencias de la realidad.

Por eso, Señores, plenamente convencido de todo cuanto tengo dicho en este mi humilde trabajo, no quiero concluirlo sin repetir antes lo ya manifestado en sus últimas páginas:



Además del interés de la sociedad, hay que tener en cuenta también el del individuo, para el cual la justicia pide que no se le castigue por más delitos que aquellos que le sean imputables.

No basta, pues, la sola consideración de la defensa social, para fundamentar en ella el derecho de castigar.

HE DICHO

Madrid 27 de Abril de 1893.

Santiago 3 de Diciembre de 1894.



