

Leg 6 Cuadernos 1 p. 67
Canas

478

Legitimidad de las penas

61

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0478

LEGITIMIDAD DE LAS PENAS.



DISCURSO

LEIDO

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR

DOM DEMETRIO GUTIERREZ CAÑAS,

INDIVIDUO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE VALLADOLID,

en el acto solemne de recibir la investidura de

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA.



MADRID:—1859.

Imprenta de Tejado,

á cargo de Rafael Llorens,
Leganitos, núm. 47.

U. N. B. H. S. C. LEG. 06-1 n° 0478

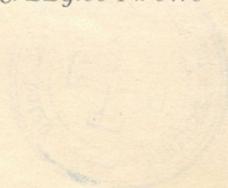


HTCA
U/Bc LEG 6-1 n°478



1>0 0 0 0 2 8 2 0 4 1

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0478



Excmo. é Ilmo. Sr.:

Día memorable en los fastos de nuestra corta existencia es éste en que nuestros esclarecidos maestros nos conceden un asiento entre ellos y un abrazo de cordial fraternidad: así lo han reconocido los Reglamentos vigentes de estudios al ordenar ó permitir que cada uno, de los que á él lleguen, presente un discurso que venga á ser la meta de su pasado, el punto de partida para su porvenir. Cumpliéndonos hacerlo hoy, y recorriendo el derecho, encontramos que todo él está sujeto á tres preceptos (1), en que unos (2) han visto confirmados los deberes del hombre hácia si mismo, hácia sus semejantes y hácia los bienes de éstos; y otros (3) la explicacion y limitacion de los derechos naturales, de libertad individual, seguridad personal y propiedad real; y tres objetos (4) indispensables segun el juriconsulto Teófilo. Fijándonos, pues, en el primero, nos hemos preguntado más de una vez ¿el hombre está obligado á observar aquellos preceptos, respondiendo como garantía con todos sus derechos en caso de traspasarlos? ¿Podrá ser privado sin limitacion alguna de su propiedad, libertad y seguridad, estando por

(1) Párrafo 3.º tit. 1.º lib. 1.º Institut. de Justiniano.

(2) Ciceron de offic.

(3) El señor Gomez de Laserna y otros.

(4) Párrafo 12 tit. 1.º libro 1.º Institut. y Ley 1.ª tit. 5.º lib. 1.º Dig.

lo tanto obligado á sufrir penas y entre ellas la capital? ; Ni aun su vida será inviolable! Y, si no lo es en algun caso, ¿quién estará autorizado, y por quién, para quitársela? Terrible pena es el exterminar de la haz de la tierra al que pudiera ser útil existiendo; pero desgraciadamente, á pesar del horror que nos causa y de cuanto han dicho los partidarios de su abolicion, no podemos ménos de acercarnos á los que la reconocen como legítima.

No tratamos de combatir los innumerables sistemas nacidos ya de la Escuela Epicúrea ó materialista que, basada en el principio de la utilidad, considera al hombre anatómicamente, y abraza dos grandes ramas, el interes privado y la utilidad general, ó sea la necesidad de impedir con el castigo é intimidacion la repeticion de actos, considerados como criminales; ni la espiritualista que, tomando por base el principio moral ó de lo justo, ha servido de fundamento á los sistemas que creen encontrar el origen de este derecho en el de la defensa individual trasladado por cada uno á la sociedad, ó en el que ésta, colectivamente considerada, debe tener con más extension que el individuo, ó por último en el que éste pudiera tener sobre sí, y haber cedido á aquella para el caso en que infrinja las leyes que le impone: no, tratamos de la legitimidad de la pena; entendiendo por tal no el estar señalada en la ley, lo que tendríamos demostrado sin más que abrir los Códigos, sino su justicia ó racionalidad, ó sea su conformidad con los principios naturales, no con los positivos, para lo cual fijaremos la proposicion que ha de servir de base á nuestros racionios en los términos siguientes: «La aplicacion de la pena capital es legítima, mientras no llegue á convertirse en lujo; lo es por consiguiente la de cualquiera otra: á las supremas potestades compete imponerla.»

Sentado, como principio inconcuso, el derecho de castigar, estableceremos para buscar su origen el siguiente dilema: ó existe en el hombre, ó tiene un fundamento superior á él. En el primer caso, ¿le ejercerán las supremas potestades como

propio del individuo, ó como delegacion de la sociedad? Asentir lo primero seria suponer que un hombre puede ser superior á otro; concediendo en él dos naturalezas distintas, una destinada á gobernar otra á obedecer, era preciso negar las verdades históricas y reveladas; lo segundo nos conduciría sin remedio á la cuestion del pacto social, de cuya inexistencia nadie duda, siendo preciso conceder que, admitido como realidad, se habria olvidado de sí propia la sociedad hasta el siglo pasado. Tendremos pues que acogernos á la última proposicion, y buscar fuera del hombre lo que en él no es dable encontrar, sentando el principio de la S. Escritura *Omnia potestas á Deo est*, á cuya prueba bastará aducir el hecho de la sociabilidad humana, que, no basada en pacto alguno sino hija de disposicion divina, no se puede concebir sin un régimen, y por lo tanto sin una suprema potestad en quien resida un imperio ó jurisdiccion coercitiva, para su conservacion.

Pasando al exámen de la legitimidad de las penas, podemos hacerle, ya acudiendo á los principios generales del derecho penal, ya á los Códigos; ora examinando cada una de las en ellos establecidas, ora la más grave, y aplicando á las demas las consecuencias para la primera deducidas; y si encontramos en la suprema potestad el derecho de imponerlas, tendremos lógicamente deducida para el súbdito la obligacion de sufrirlas, ó en el segundo y tercer caso, si hay licitud, aplicando la regla interpretativa del jurisconsulto Paulo *in eo quod plus est semper inest et minus*, (1) habremos conseguido nuestro objeto. Hemos hablado del primer extremo de la anterior enumeracion, y pasando á tratar del tercero, que comprende en sí al segundo, resultará que, probando la licitud ó legitimidad de la pena de muerte, habremos resuelto la de las demas.

Nadie hasta el siglo pasado habia puesto en duda que la sociedad tenia el derecho de imponer esta terrible pena; pero

(1) Ley. 110 tit. 17 lib. 50. Dig.

en él y en medio de su efervescencia la Italia presentó el libro de los delitos y de las penas, sin autor por entónces conocido, en el que, con la teoría de las cesiones de derechos por el hombre hechas á la sociedad, se atrevió el Marques de Beccaria á combatirle, fundado en el principio *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, (1) y por lo tanto el individuo no pudo ceder á la sociedad el derecho que él no tenia. « Instituida la sociedad para el bienestar y conservación de sus miembros, no se puede comprender, dice, cómo ha podido recibir de los individuos que la han formado la cesion del derecho de destruirlos; semejante cesion sería una contradiccion evidente. » Aparte de que aun en el terreno del pacto le consideramos equivocado, pues el hombre, como probaremos, puede celebrarle prometiendo arriesgar su vida en ciertos casos, necesario será que digamos que no conviniendo con las doctrinas de este filósofo, ni tratando de combatir las de frente, nos bastará sentar que la sociedad es una ley de la naturaleza, y por lo tanto de su autor, sin cuyo cumplimiento no podriamos satisfacer ni aun la de nuestra propia conservacion; y ademas, que este derecho existe en sus elementos componentes, en las leyes de la organizacion humana.

¿El hombre está obligado á conservarse? ¿El hombre puede destruirse? Estas dos ideas que, como signos abstractos, se rechazan, consideradas como hechos en realidad existentes en todo sér organizado ni se excluyen ni se oponen, ántes bien son inseparables. La nutricion que conserva al viviente le destruye á la vez, debilitando los órganos de la digestion; luego la conservacion y la destruccion son inseparables en el terreno de los hechos; y no pueden dejar de ser lo que realmente son en la naturaleza aplicadas á nuestros deberes, necesidades y medios, siendo fácil convenir que su oposicion es relativa; pues de otro modo, destruyéndonos todos los me-

(1) Ley. 34 id. id.

dios que nos conservan, tendríamos que renunciar á vivir. ¿ Pero de qué manera satisfaremos la ley de nuestra propia conservacion, puesto que todos los medios de hacerlo nos destruyen á la vez? Hé aquí el principio (1): «No nos es permitido » emplear en nuestra destruccion sino los medios que son » más á propósito para lograr nuestra conservacion. » Las consecuencias que de él se desprenden son las que el filósofo Ginebrino tal vez quiso indicar al decir (2) «que la dificultad de » resolver la cuestion de cómo el Soberano adquiere el derecho de disponer de la vida de los súbditos por la cesion que » cada uno le hizo de un derecho que él mismo no tenia, consiste solamente en que la cuestion está mal sentada; y que » ésta dificultad desaparece cuando se la presenta como es en » sí, bajo su verdadero punto de vista. Todo hombre, dice, » tiene derecho para arriesgar su vida por conservarla. ¿ Se » ha dicho jamas que el que se arroja de una ventana para » huir de un incendio sea culpable de suicidio? ¿ Se ha imputado jamas este crimen al que perece en una borrasca, aunque » que sabia cuando se embarcó que se exponia á este peligro? » Ahora bien, pregunta el precitado escritor, ¿ no es la sociedad un medio de conservacion mucho más útil que los metales del Nuevo Mundo, mucho más rico que las producciones de la India? Luego no podemos privar al hombre de este derecho que en él reconocemos para conservarse y ensanchar el círculo de sus goces más que el de sus necesidades. El hombre puede destruirse de una vez con su fuerza física, puesto que lo hace con lentitud y á cada momento, gastando sus músculos y órganos intelectuales con el trabajo, consistiendo su virtud en usar bien de la vida. Pero, ¿ y considerado como sér moral? Entónces sólo podrá, segun él, emplear sus facultades físicas, y llegar hasta su misma destruccion, cuando el motivo que á ello le impela sea justo y con-

(1) Silvela, consideraciones sobre la pena capital.

(2) Capitulo 5.º de su contrato social.

forme á razon. Entónces puede consentir hasta el perder la existencia; y de no ser así nada se consideraria poder hacer, pues para él vivir no es otra cosa que emplear sus fuerzas vitales y perderlas por el uso, siendo la sobriedad en el de los placeres una virtud, porque mediante ella hacemos de la vida el mejor y más lento posible. El hombre, pues, para este escritor puede celebrar un pacto, aunque encierre la condicion de su destruccion lenta é instantánea en el caso citado, esto es, cuando de los riesgos de aquella, cuyo cumplimiento está en su voluntad, depende la conservacion de su vida; y añade, que si bien es cierto estarle prohibido atentar contra ella por medio del suicidio, que ni le conserva ni propende á ello, no puede haber para él cosa más lícita, racional, moral y justa que un pacto por el que adquiera una certidumbre casi material y física de asegurarla el más largo tiempo posible sin otra obligacion que la de abstenerse, planteado en los términos siguientes: «Respetareis mi existencia; la defendereis; yo respetaré y defenderé la vuestra; consintamos recíprocamente en que nos quiten la vida si privamos de ella sin justa causa á cualquiera de nuestros semejantes. »Pacto, añade, que no es una utopia antigua que existe implícitamente; es un contrato francamente aceptado, útil, moral y justo en su formacion—y que, cualquiera que sean sus consecuencias, no podrá mudar de naturaleza aun cuando llegase á disolverse por el cumplimiento de la cláusula que ocasiona nuestra destruccion; y si este pacto está legitimado por la necesidad que tenemos que reconocer como justicia, sus consecuencias no dejarán de ser igualmente justas.»

Hé aquí una série de ideas que parece vienen á confesar el triunfo del Ginebrino y partidarios de su pacto social, por más que pongan en derrota las apuntadas de Beccaria; mas no sucede así en efecto, y creemos puede resolverse esta cuestion, y á la vez las palabras del citado escritor con toda claridad, en los términos siguientes: «Ó es preciso ser ateo, ó reconocer un Dios Criador; en cuyo caso no se podrá ménos

» de admitir sus leyes, y como una de ellas, la de que la cria-
» tura ha de conservar su vida: ahora bien; ¿ puede conce-
» birse esta obligacion, sin suponerse concedidos los medios
» de cumplirla? » Hé aquí resuelto el pacto implícito de este
» escritor; hé aquí para nosotros la sociedad legitimada y su
» necesaria conservacion, y no ménos el derecho de exterminar
» al miembro gangrenado que pueda corromperla. Y como esta
» obligacion pese más de cerca sobre las supremas potestades,
» á ellas compete el imponer penas, y al hacerlo de la de muerte,
» léjos de hacer uso de un derecho exorbitante, no hace otra cosa
» que ejercer el que cada individuo tiene en particular, y lo mismo
» la sociedad, ya se acepte el pacto implícito ó nuestra doctrina,
» á la que viene á parar aquel.

Bastaba lo hasta aquí dicho para tener demostrada la verdad de nuestra proposicion; mas no por eso dejaremos de aducir otras razones en su apoyo. Acudamos á la Historia, y como dice Mr. Rossi: (1) « La aplicacion de la pena de muerte,
» principalmente por ciertos crímenes, es un hecho que se distingue de los demas por su generalidad, por el asentimiento
» casi unánime de todos los hombres, hasta de los que se han
» mostrado más adelantados en conocimientos y costumbres. Este
» hecho ha resistido á las mayores crisis que la civilizacion
» ha sufrido; emigraciones de pueblos, cambios de religion,
» revoluciones políticas, nada ha podido destruirle hasta ahora. La
» pena de muerte jamas ha sido abolida de un modo absoluto, completo y permanente. » ¿ Y esto no es un criterio de verdad? Pues qué, la Filosofia de Grecia, la Legislacion de Roma, la Religion cristiana y la Ciencia de tantas naciones hundidas en el polvo de los siglos, ¿ es posible no hubieran conocido que ejercian un derecho ilegítimo? ¿ No la sancionaba el crimen con su inflexible lógica en boca del primer fratricida en las palabras *omnis qui inveniet me occidet me*? ¿ De nada sirve aquella fatídica sentencia que ha sobrevivido á

(1) Tratado del derecho de penar.

los siglos *qui gladio occidit, gladio peribit?* (1) En los tiempos heróicos de la antigua Grecia ya hallamos fábulas en que se entonan himnos dedicados á los héroes y semi-dioses que lograron exterminar á los mónstruos que agitaban á la humanidad. Pasando á los históricos, desde el cruel y sanguinario Dracon, que no oyó la voz de la naturaleza sino para rogar á otro que sacase los ojos que él, en virtud del *jus vitæ et necis*, debiera arrancar á su hijo y que no conoció otra pena que la capital para toda clase de delitos, hasta el sábio, virtuoso y providencial Solon; desde las tenebrosas sesiones del terrible Tribunal del Areópago y el sanguinario despotismo de los treinta tiranos hasta el restablecimiento de la ley Solonia, en cuyo período Socrates, acusado de impiedad, fué condenado á beber la cicuta, y Aténas es considerada como una feliz república que, unida á la de Esparta, llevó la fama de sus victorias por todo el mundo: en todos estos tiempos se aplicó la pena capital, sin ninguna ó con muchas restricciones.

Roma traza sus murallas con la sangre fratricida, y en todas sus formas de Gobierno ejerce este derecho: ya recordemos al soberbio Tarquino, ya las leyes de las Doce Tablas, en que Grecia se la trasmitera al par que el *jus vitæ et necis*; ora la corrupcion de costumbres de que se lamentaba Plauto en las palabras *quis vir una uxore contentus est*; ora con horror y espanto la sangrienta ejecucion de tres mil ciudadanos complicados y descubiertos en una pública asociacion contra las costumbres (2); ya, aun reconociendo en ella alguna justicia, la no ménos cruel condena á muerte de una sola vez de seiscientas mujeres, convictas de tentativa de envenenamiento á sus maridos (3), mujeres cuya cabeza debió caer cortada por la cuchilla de sus padres ó tutores, siendo las demas que no los tenian ejecutadas en la plaza pública (4). En su historia militar toda-

(1) Génesis.

(2) Tit. liv. an. de Rom pág. 536 tomo 8.º

(3) Id. pág. 53 introd. tomo 4.º

(4) Id. pág. 263 tomo 8.º

vía ostenta más lujo en la aplicacion de esta pena; basta citar que los esclavos eran considerados como cosas, lo que hizo sentar á Paulo el principio *servitatem mortalitati feré comparamus* (1), que á tales reducian aquellos dominadores del mundo á los prisioneros de guerra, y que sus diversiones eran todas de sangre en los anfiteatros, llegando en tiempos de Trajano á inmolarse diez mil hombres en un espectáculo público, que duró ciento veintitres dias. (2) Cierto es que hubo leyes que como la Valeria Porcia y otras (3) atacaron abiertamente para los ciudadanos la pena capital; pero se observa que exceptuaron el parricidio (4), y bastaria advertir que eran leyes privilegiarias para probar esta costumbre. (5) Desde el tiempo de Augusto, con la venida del Mesías, se suavizó algun tanto la legislacion, más con la paz dada á la Iglesia en tiempo de Constantino, y lo mismo en tiempo de Justiniano; pero nunca desapareció: ni nacion alguna, ni todas juntas, han conocido tantos medios de aplicarla. (6)

Lo mismo podiamos ir probando por los anales de todas las naciones, encontrándola tal vez aplicada con más lujo en las más libres, para cuya comprobacion bastará que eitemos el hecho de que el médico Guillotin, inventor del sangriento instrumento que lleva su nombre, murió de tristeza al ver que su fatal invento amenazaba exterminar á toda su nacion; (7) pero seria salirnos de los limites de un discurso. Sólo sí diremos que, examinando uno por uno los Códigos conocidos, en todos la vemos aplicada en mayor ó menor escala, lo que demostraremos rápidamente por los de España.

(1) Ley 20 tit. 17 libro 50. Dig.

(2) Dion. libro 48—815.

(3) J. Rosino antiquitat. Rom.

(4) Cic. in oratione pro S. Roscio.

(5) Id. in verrina 7.^a exclamat; O nomen dulce libertatis!; O jus eximium nostræ civitatis!; O lex Portia legesque Sempronæ.

(6) J. Rosino cit.

(7) Historia de la revolucion francesa por Grimaud de Velaunde.

Invadida nuestra nacion por los bárbaros , acaba por destruir la legislacion romana ; pero á pesar de que el vencedor permitió al vencido sus leyes y costumbres , los nuevos Códigos que se forman se ven calcados sobre las ruinas de aquella. El de Eurico , exclusivamente escrito para el primero , corregido y mejorado por el , aunque Arriano , más célebre Monarca de aquellos tiempos , padre del gran Recaredo y de San Hermenegildo (1) , y lo mismo el de Alarico que , compuesto para el segundo , reflejó la legislacion Teodosiana , debieron conservar esta pena , pues que la sancionó el primero general , el nunca bien ponderado Fuero juzgo , compuesto de los elementos de aquellos. Este Código la imponia en aquellos casos en que campea la perversidad , y observando mucha proporcion entre los delitos y sus penas : y si bien es cierto que en él existen algunos lunares , no culpemos á sus autores , á quienes debemos venerar , sino á los tiempos en que vivieron (2).

Rota la unidad legislativa por la invasion de los árabes , y hecha múltiple la legislacion por la introduccion de los fueros municipales y nobiliarios , esta pena no desaparece á pesar de ser bien opuesta al objeto de las Cartas Pueblas. Los fueros de Cuenca , Toledo y otros muchos , la conservan (3).

Si de aquí pasamos á las colecciones del Rey Sábío , en medio de la oposicion de principios que entre el Fuero Real y las Partidas dominan , en ambas se encuentra , el primero como

(1) S. Isidoro , Cronicon de Cardeña.

(2) Pueden verse en su comprobacion las leyes 2.^a 4.^a y 5.^a tit. 1.^o , varias del tit. 3.^o las 11 , 16 y 18 del 5.^o , lib. 6.^o .—La 5.^a última tit. 4.^o lib. 7 y otras.

(3) El de Cuenca dice : « Qui hominem occiderit , vivus sub mortuo sepeliatur . Quicumque de furto vel latrocinio convictus fuerit precipitetur lib. 18 cap. 1.^o Castigaba ademas á los sodomitas , á las cobigeras y alcáhuetas , y á éstas y á la mujer que abortase voluntariamente tambien el de Baeza , con la muerte á fuego. El de Toledo : « Si aliquis aliquem hominem occiderit intus Toletí , aut foras infra quinque milliaria in circuitum ejus , in arte turpissima lapidibus moriatur ». El de Cáceres : « Qualiscumque homo qui hominem occiderit , si veritatem invenerint , super illum inforquet illum etc. »

reflejo de la legislación española anterior é inmediata, no podía ménos de admitirla (1). Hasta en los restos del Espéculo, libro á que con razon se ha negado por algunos (2) el nombre de Código, se vé que «no admite el testimonio de mujer en causas de que pudiera resultar pena de muerte; y que por indicios nadie podía ser castigado con esta pena fueras ende » si fueren muy ciertos ó muy conocidos.» (3) ¿Y qué diremos del inmortal Código, del Código de las Siete Partidas? Basta que recorramos el título II de la 7.^a para de ello convencernos, y quizá para que le tengamos por Draconiano. En éste, reflejo de las dos legislaciones más sábias del mundo, la Romana y la Canónica, y que por adelantarse á los conocimientos de su época tuvo que hundirse en el polvo de los archivos por espacio de un siglo, vemos que predomina el socialismo, y basta para admitir aquella calificación. Con éste se publica por D. Alonso el Onceno el Ordenamiento de Alcalá, que la admitió en su título XXI, de donde la tomó el de Montalvo (4); pues aunque no le concedamos la sancion Real, sin embargo sus disposiciones tuvieron la fuerza del original de donde fueron tomadas: y por más que nada digamos de los Códigos posteriores, cuyo cumplimiento hemos presenciado, advertiremos que nuestro penal vigente, en el que no ha dominado ningun sistema sobre los demas, la admite aunque para pocos delitos, y apurado ántes un buen sistema de procedimientos. ¿Y esto, repetimos, no es un criterio de verdad? ¿Pues qué, ignoraban los sábios redactores de éste y de los anteriores, éstos la verdad del derecho, y aquellos ademas las teorías de los filósofos á que hemos aludido?

(1) Pueden verse las leyes 11 y otras tit. 1.^o lib. 4.^o. 25 tit. 5.^o y los títulos 7, 17, 21 y 23.

(2) Mi ilustre maestro D. Domingo Ramon Domingo. Estudios de ampliacion de los Códigos Españoles (Historia.)

(3) Ley 3.^a tit. 7 lib. 4.^o y 1.^a tit. 10 lib. 5.^o Espéculo.

(4) Leyes 1.^a y 2.^a tit. 15 lib. 8.^o

Otra razon importantísima nos suministra la conciencia universal. Mr. Rossi dice al hacerse cargo de que hay casos en que el criminal merece esta pena por la gravedad del crimen, «la conciencia de los hombres, á nuestro juicio, responde afirmativamente. Supongamos que hubiese otra especie de pena igual á la de muerte, ¿podria decirse de buena fe que esta nueva especie de castigo fuera demasiado fuerte para el asesino?» Pero si los mismos que piden su abolicion tratan de sustituirla con otra, segun ellos, más grave, á lo que el mismo escritor ha replicado «que den á elegir al criminal entre ambas, y verán como rechaza la de muerte acercándose la ejecucion, por más que dichos filósofos se empeñen en sostener su menor gravedad.» ¿á qué molestarnos en destruir un argumento, cuyo absurdo ponen en evidencia sus autores? Y por otra parte, si abogan por otra mayor, no hay motivo para que rechacen la que suponen menor. Ademas, ¿quién duda que el grito de la humanidad, al tener noticia de un crimen, es «¡tu muerte es la garantía de mi vida!» refiriéndose al criminal? ¿Cuántas veces la misma autoridad pública no ha tenido que amparar á éste para evitar que fuera muerto por las turbas? Y si queremos apurar más esta reflexion, ¿no la hallamos en el corazon del culpable? Siempre protestó que era inocente, que fué calumniado, que hubo error en los jueces, que la sentencia se dió con precipitacion, etc.; ¿pero se le ha ocurrido á alguno hacerlo contra el ejercicio de un derecho ilegítimo, contra la legitimidad de la pena? No tenemos de ello noticia; y mientras el hombre no varíe de condicion, no estamos obligados á creer que su corazon lo hará: sólo si encontramos que arrojado por la Italia en 1774 el citado libro de Becaria, éste en alas del rayo, y compuesto de las ideas que venian en el mismo siglo vertiéndose, circuló y fué acogido con unánime entusiasmo, hasta que se descubrió que el principio sobre que estaba basado era el absurdo pacto social (1). Y aunque así no hu-

(1) Otros muchos han escrito despues, aunque basados en las falsas es-

biera sido, ¿valdria más el dicho de un filósofo, sin otro fundamento que la especulación á que dió origen un arranque poético de otro filósofo, que la práctica de todos los tiempos, naciones, gobiernos y lo que es más, que la conciencia del individuo, ya inocente ó culpable?

Otra nueva razon encontramos en la defensa de la sociedad, por la que entendemos, no que viéndose atacada la aplique en justa defensa, ni ménos que se venga, sino que es obligacion suya conservarse, como lo es del individuo, y por lo tanto, no sólo atender á sí misma y al miembro perjudicado, sino al mismo delincuente, á quien tratará de corregir. Como sólo nos ocupemos del primer miembro de la anterior division, nos bastará decir que si la vida de un individuo está en pugna con la de los demas, y por lo tanto con la de la sociedad; puede ésta ponerle en estado de no dañar de esta manera: tal se verifica con la amputacion del miembro gangrenado para salvar la vida del hombre; tal con el hundimiento de un edificio para cortar las devoradoras llamas que amenazan consumir todo un pueblo: en fin, diremos con Montesquieu: «Merece la muerte un ciudadano cuando ha violado la seguridad hasta el punto de quitar la vida ó atentar á ella. Esta pena capital es como un remedio para la sociedad enferma.» (1)

Esta observacion nos lleva á otra incontestable, tomada de la defensa del individuo; de la que dice un escritor ántes citado: (2) «Supongamos todavía que no tenemos facultad para comprometer nuestra existencia como medio de conservarnos, (sigue discurriendo bajo la hipótesis del pacto implícito que hemos puesto en claro en otro lugar), ¿podrá ne-

cuelas que pretenden encontrar el origen del derecho de castigar fuera de donde le hemos encontrado, y cuyos principios hechan por tierra cuantos argumentos en contra, y bajo cualquier forma, se hayan hecho y puedan hacerse á nuestra doctrina.

(1) Espíritu de las leyes lib. 15 cap. 4.^o

(2) Silvela.

»garse que el hombre injustamente atacado, ántes que el de
»respetar la vida del injusto agresor tiene el deber de su pro-
»pia conservacion? ¿Se acusó á éste jamas de homicida? ¿Y
»cómo habria adquirido el derecho de matar al injusto agre-
»sor si éste no hubiera perdido el de existir por la agresion
»misma? Si ni en moral ni en justicia se dan dos derechos
»opuestos, perdido el de la vida no es un crimen quitársela.
»Ahora bien: si por sólo el hecho de acometer injustamente
»el agresor pierde este derecho, ¿podrá recobrarle consu-
»mando su crimen? Amenaza, vibra el puñal homicida, y pier-
»de el derecho de vivir; le clava una y más veces en el seno
»de su víctima, ¡y volverá al goce de todos sus derechos!
»No es bastante decir que no es lícito matar al asesino; es ne-
»cesario afirmar que él ha perdido el derecho á la vida.» Esta
es la confesion que el Génesis pone en boca de Cain. No es
esto decir que se la pueda quitar cualquiera individuo, una
vez que haya cesado la injusta agresion, pues seria recono-
cer un principio tan absurdo como el que combatimos; sino
que, como hemos manifestado, corresponde al representante
del ente moral sociedad, que es el todo de que son partes,
el ofendido, que adquirió el derecho de matar al injusto agre-
sor, que si perece en él se conserva en aquella, y el agre-
sor, que perdiéndole dejó por solo este hecho de pertenecer
á ella, puesto que atentó hasta contra sí mismo, como uno
de los miembros que la componen.

Haremos una última reflexion, para demostrar nuestra
proposicion, poniendo en evidencia á la vez el absurdo que,
de adoptar la opinion contraria, resultaria, y que, á haber
reflexionado sus autores, ó lo que es más cierto, á no haber
discurrido de mala fe, no la hubieran defendido. Nos re-
ferimos á que, negada la legitimidad de la mayor de las
penas, mejor diremos de la que reúne en sí todas las de-
mas, se destruye la base sobre que descansa el derecho
á imponer alguna otra: perecido el de aplicar la que súbi-
tamente priva del mayor, ó de todos los derechos, perece

el de las demas, que al fin son capitales bajo cierto punto de vista, viniendo algun dia á ocupar el lugar de aquella; echa en una palabra por tierra el derecho de castigar, no advirtiendo que sin él ni el mismo Platon hubiera concebido su república de los justos. Esto no es mera teoría, hállase ya consignado en el sagrado libro de la Historia (1), encargado de transmitir de generacion en generacion la bondad ó maldicia de las instituciones. Bien pudieran los criminalistas en vez de tener siempre presentes los abusos repugnantes que se han hecho de la pena de muerte, censurados en nuestro tema con la palabra lujo; en lugar de querer derribar los cadalsos, porque en ellos la falible justicia humana inmoló algunos inocentes, haber pensado en corregir á aquellos, en moralizar á los individuos y nada más. «La pena es la privacion de un derecho: éste es un medio de conservacion, luego aquella lo es de destruccion,» esto es lo que en nuestra nomenclatura llamamos convertirse en capital. Castigar y destruir son dos ideas que no se distinguen por la especie y sí sólo por el más ó el ménos en una escala métrica; su naturaleza es la misma... si convenimos en que la sociedad tiene derecho para abreviar la vida de un hombre un año, un solo minuto, ¿por qué no le ha de tener para abreviarla dos, tres, veinte ó más años? ¿qué datos hay para determinar en su ejercicio ningun punto de la vida del hombre en que ésta deba cesar? ó este derecho comprende toda la escala, ó ningun

(1) El Emperador Mauricio, la Emperatriz Isabel de Rusia y el gran Duque Leopoldo de Toscana quisieron, fundándose en su irreparabilidad ficticia (y decimos ficticia puesto que ninguna repara in preteritu completamente ni muchas de ellas in futuro, y solo es cuestion de menor á mayor en cierta escala,) no derramar sangre humana; pero no tardaron en conocer que una bella idea les habia fascinado; ¡y qué desconsoladora realidad venia en pos su ilusion! En Francia fluctuó esta idea en la revolucion, y á pesar de Condorect, Marat y Robespierre en la Convencion, se ha seguido y seguirá aplicándose en los delitos particulares. La reclusion ó reduccion del hombre á la clase de fiera con que algunos pretenden sustituirla, trae consigo, como se ha experimentado, la demencia.

punto de ella ; pues la pena es destruccion parcial ó total , y negado el de destruirnos , lo está el de castigarnos.

Llevando este escritor sus deducciones al último extremo , con mucha razon añade : « como todo contrato , no sólo de los » onerosos sino tambien de los gratuitos , puede perjudicar al » individuo , éste , pretendiendo una especie de restitution *in » integrum* , pediria su anulacion con un racionioino parecido al » anterior , puesto que cualquiera perjuicio que resultare de un » contrato perfecto , vendria á ser una disminucion de los me- » dios de su existencia... Esto , por nuevo y exagerado que » parezca , es una rigorosa consecuencia de aquellos princi- » pios , que tira por tierra la libertad y seguridad de los con- » tratos , y cuyas funestas consecuencias no es posible enu- » merar. »

Efectivamente , el miserable que habita el hospitalario asilo de un establecimiento de caridad , el andrajoso que se acerca á pedir una limosna al pórtico de la orgullosa morada del rico , el famélico moribundo que exhala su último aliento apoyado en las mármóreas columnas del alcázar en que se ostenta la opulencia ; quién sabe si estos desgraciados séres pedirán lo necesario á los que abreviaron ó causaron su ruina ! Aún diremos más ; la adopcion de tan absurdos principios haria vacilar el espíritu de caridad , virtud que , á no ser por su autor , de quien no podemos considerarla separada , vendria por tierra , y con ella la disolucion social.

No terminaremos sin sentar con Loke , « que las leyes na- » turales tienen su parte de accion como las civiles , que no » existiria si en nadie residieran el derecho de hacerlas respe- » tar , castigando al transgresor. » (1) Así , pues , el derecho de castigar al delincuente no es puramente personal del acometido , sino de todos los hombres , en ciertos casos , y lo mismo de la sociedad , representada por las supremas potestades en la forma que hemos dicho ; y de lo contrario el agresor ,

(1) Tratado del modo de gobernar.

rematando á la víctima, cometería un acto de cálculo y razon extinguiendo todo derecho contrario á su conservacion. Esto lo vemos confirmado y consignado en nuestro Código penal (1) en el hecho de reconocer la defensa bajo ciertas condiciones como circunstancia que exime de responsabilidad criminal, ó al ménos que la atenúa. Es pues un derecho activo que se extiende á prevenir el ataque. ¿Qué le faltaría al asesino para acabar con la sociedad entera, si le fuera permitido matar impunemente á nuestra vista á los que contribuyen á nuestra conservacion en el caso de que no pudieran defenderse por sí?

Para terminar, tengamos por repetida aquí nuestra proposicion, y aplicada á todas las penas la teoría que de la más grave de ellas hemos sentado, fundados en hallar este derecho en los elementos de la organizacion humana, que lo son á su vez de la sociedad; en la Historia, donde le vemos consignado como ejercido en todos tiempos, pueblos y gobiernos, y hasta confirmado por leyes privilegiarias para alguno, haciendo exclamar al padre de los oradores: *¡O jus eximium nostræ civitatis?*; en la defensa de la sociedad, cuyos términos hemos explicado, lo que nos arrastró á la del individuo y pérdida del derecho á conservar la vida del injusto agresor, verificada en el acto de la agresion; y por último, en el absurdo que demostramos resultaria de la adopcion del principio contrario, y que destruye por su base la sociedad, puesto que la niega todo derecho de castigar, el de celebrar contratos, y hasta relaja el espíritu de caridad.—HE DICHO.
Madrid 11 Junio de 1859.

Demetrio Gutierrez Cañas.

(1) Artículos 8.º y 9.º



UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0478

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0478

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0478