

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO A LA VIDA CONTRA DERECHO A MATAR

Martí contesta la obra de Karr en 1871. Entonces, aunque la balanza doctrinal en torno a la pena de muerte no se ha inclinado decisivamente a su favor, ya ha ocurrido un cambio fundamental en el discurso abolicionista: el desplazamiento del esfuerzo, de erradicar el empleo masivo y cruel de los suplicios, a cuestionar abierta y profundamente, con una considerable carga emotiva¹, el principio mismo de la regulación y aplicación de la pena de muerte. Eso mismo fue lo que hizo Martí contestando a Karr.

Ahora, si Karr ripostó a Jourdan en serio, aunque apelando insistentemente a la ironía, más seriedad, pero con ausencia casi completa de la ironía, es posible hallar en la réplica martiana a Karr, que estará contenida, en lo esencial, en un texto principal que no tiene una estructura orgánica depurada, sino que es un matorral de razones para impugnar la pena de muerte, hallándose a cierta distancia de ser un alegato abolicionista completamente sistematizado: hay reincidencia de contenidos, sin que se logre conservar una total coherencia expositiva, especialmente en las últimas oraciones, de difícil compaginación con el todo, aunque ello no significa que le impute al todo falta de coherencia argumental. Llegado a este punto, es posible diseccionar y analizar cada uno de los argumentos introducidos por Martí para combatir la pena de muerte.

Queriendo hacer una reunión de los argumentos del movimiento abolicionista contra la pena de muerte, podría listarse: su irreparabilidad, inutilidad, injustificación, ilegitimidad, desigualdad, indivisibilidad, crueldad, desproporcionalidad e impiedad; sus carencias intimidatorias; el carácter inviolable de la vida humana; el respeto que merece la dignidad de la persona; el principio de humanidad de las penas; que significa un abuso de fuerza del Estado y un abuso legislativo; que siempre es violencia y destrucción; que implica el terror penal completo; que es enemiga del fin resocializador de la pena; que es discriminatoria; la inseguridad del juez que la aplica; que es anacrónica y contraria al más avanzado patrimonio cultural de la humanidad; que actúa como un factor criminógeno; el efecto glorificador que posee; la frecuencia de anormalidades psíquicas en los sujetos condenados; el error judicial; la obligatoriedad de la creación de la figura del verdugo, etc.

¹ *Es en el fondo una cuestión sentimental en la que se agitan, bajo la capa de los argumentos supuestamente racionales, los más profundos afectos....* Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español*, p-896.

¿De cuales argumentos se vale Martí? En realidad, el arsenal de argumentos abolicionistas, Martí sólo lo invadirá de forma parcial, aunque él no irá por las ramas, sino que la mayor parte de su esfuerzo se centra en probar algunos de los más sólidos argumentos antipena de muerte, esto es: demostrar que ella vulnera el principio de inviolabilidad de la vida humana, que es irremediablemente intimidante, ineficaz e inútil, cruel, anacrónica, vengativa, y no ejemplarizante.

En el subsiguiente análisis dejamos de lado la secuencia expositiva de Martí en el cuaderno de apuntes, -material que por su relativa prolijidad -comparada con el resto de sus incursiones abolicionistas- y por su oportunidad -el punto de partida de su ideario abolicionista- se utilizará de forma hegemónica, pero no exclusiva, porque a lo largo de su vida, Martí volverá sobre los mismos argumentos; a los que acudiré, en ocasiones, para mostrar la evolución del pensamiento martiano o para completar los análisis. Reúno y ordeno los epígrafes con criterio técnico, a partir de una tradicional lógica expositiva, incorporando a discreción y a conveniencia lo que en otras oportunidades escribió Martí contra la pena de muerte.

1.- La inviolabilidad de la vida humana.

Precisamente, en el descifraje de lo implícito se encuentra el primer argumento contra la pena de muerte en el cuaderno de apuntes: la inviolabilidad de la vida humana. Y es que ello está contenido en su afirmación de que la sociedad tiene *deber* y *no derecho*, refiriéndose a que la sociedad más que *derecho* de matar, tiene el *deber*² de conservar la vida. Con esto Martí define claramente que su partido es el de la vida. Por eso confiesa su sufrimiento frente al *esprit* de Karr, que aboga por continuar cercenando vidas como respuesta social a las cercenaciones criminales: *me hace sufrir el esprit de Karr*, convertido en *paladín de algo tan sangriento*³ como la pena de muerte. Y sufre porque su *esprit* es el contrario, el que aboga porque no se mate en nombre de la justicia. Él abogará constantemente a través de su obra por matar la ley que autoriza al Estado a matar.

Todos los embates martianos contra la pena de muerte están asentados en una razón de principios: la defensa del derecho a la vida. Pero esto es un problema científico de compleja textura filosófica, ética y jurídica, lo que merecerá indagaciones y afirmaciones varias, y de la mayor importancia. No olvidar que cuando Martí se pronuncia en Madrid contra la pena de muerte y por el derecho a la vida, en Italia estará brotando con fuerza una corriente de

² O.C., t-21, p-23.

³ O.C., t-21, p-26.

pensamiento criminológico que propondrá descubrir el atavismo concurrente en los delincuentes para, por profilaxis social, eliminarlos radicalmente.

La humanidad se ha acostumbrado a despreciar la vida humana. Es conveniente señalar aquí la existencia de tres órdenes de procedencia de producción de la muerte: el natural, el ordinario y el político. En este último orden de cosas están los que mueren en las guerras civiles, en las guerras internacionales, víctimas del terrorismo de Estado o del terrorismo individual o grupal; en fin, el fruto de la violencia política. No olvidar que Manceron, en su *Histoire des Revolutions*, escribió que la Ciudad Santa estaba sembrada de cadáveres; o que Fernando II exclamó sentirse satisfecho de la completa paz que advirtió en Nápoles, al contemplar desde su balcón las calles sembradas de cadáveres; o que el general Narváez afirmó no tener enemigos porque los había mandado a fusilar a todos. O que en América Latina la cantidad de personas ejecutadas extrajudicialmente en naciones que tenían y tienen abolida la pena de muerte puede acercarse, solamente en el siglo XX, al medio millón. Estas muertes violentas suelen tener en común los grandes titulares de los medios de comunicación social. He sustraído de esta relatoría de particularización, con toda intención - para significarlo- los muertos lentos, silenciosos y diarios de la miseria: el hambre y la insuficiencia o ausencia de atención médica, que no tienen, por lo común, cronistas. Estos muertos suelen ser registrados y atendidos solamente en las computadoras y en los informes especializados. No hacen noticia de repercusión. No importa que Ortega y Gasset sostuviera que la vida más oscura y humilde debía valorarse infinitamente más que la más grande de las obras de arte.

En el año en que escribo y en que me leen, esto suele seguir siendo una mentira de todos los días en la mayor parte del autodenominado mundo civilizado. Y ha sido así desde hace siglos, con la diferencia que marca solamente la tecnología y alguna que otra ideología de contenido reformador que logró remover las estructuras de negación de la humanidad. Todo esto no hace más que mostrar cruda y dramáticamente el grado de incultura e incivilización que dominó y domina aún a una buena parte del comportamiento social e individual, pasado y contemporáneo. En efecto, la decadencia coincide en época con una desvaloración de la vida humana, cuando se le pierde respeto a la vida y sobreviene una cierta vocación para el homicidio.

En este entorno de una repetida cultura de la muerte, se ubicó y se ubica la lucha denodada por el respeto al derecho a la vida frente a la pena de muerte; de lo que Martí formó parte, con alcance, trascendencia y significación propios. Y formó parte, inicialmente, hincado en

una tesis con asiento en el derecho natural, por el que venía siendo permeado desde sus días de adolescente, como ya sostuvimos cuando hablamos de las fuentes nutricias de su abolicionismo de la pena de muerte. Pero resulta obligado volver sobre el asunto, con la incorporación de nuevos elementos.

Martí mostró temprana e inequívoca inclinación por el estudio de los derechos naturales. De hecho, para recibirse de abogado por la Universidad de Zaragoza, en 1875, entre los temas para los exámenes de grado, escogió el estudio del primer párrafo del libro primero, del título segundo, de la muy trascendente *Instituta* de Justiniano: *Del Derecho Natural, de Gentes y Civil*. En su vastedad cognoscitiva del tema, Martí señaló los equívocos o confusiones de Justiniano, al extender el Derecho Natural a *zonas ajenas a la vida humana*. Martí sostuvo que por encima del Derecho Civil se hallaba un derecho superior, *común a todos los hombres y a todos los pueblos*, el que Justiniano identificó como Derecho de Gentes, y que no era otro que el Derecho Natural, *de existencia efectiva y lejana con la misma vida, y que este Derecho venía de la conciencia en su juego colectivo; y que al mismo había que tener necesariamente como imperativo*; lo que finalmente determinó su interpretación misiológica asentada en la ética del deber, que al fin y al cabo fue lo característico de su proyección política y humana, lo que se ha dado en llamar *su evangélica labor pública*⁴.

Martí fue un firme sostenedor de una concepción amplia de los derechos naturales, aquellos que desde la ilustración europea y americana del dieciochesco -aun de antes- fueron proclamados como derechos de todos los hombres, con la condición de ser inalienables e imprescriptibles, bajo la premisa de que los hombres, por el sólo hecho de serlo, poseían ciertos derechos primarios, fundamentales. En palabras de Martí: *Dígase hombre y ya se dicen todos los derechos*⁵. Para Martí *el reconocimiento constante y sincero de los derechos naturales es la salvaguardia única y suficiente de las más completas sociedades humanas*⁶. Y es que la sola condición de hombre, por su propia naturaleza, entraña e impone el reconocimiento de una caudal de derechos, que son anteriores y superiores a las leyes; derechos que la sociedad no otorga, sino que ha de reconocer y sancionar⁷. Lo dice Martí, que no se puede *inventar un derecho porque sobre todos existe el natural*. Y agrega,

⁴ Horrego Estuch, Leopoldo, *Martí. Su pensamiento jurídico*, p-31 y 32.

⁵ *O.C.*, t-2, p-298.

⁶ Horrego Estuch, Leopoldo, *Martí. Su pensamiento jurídico*, p-32.

⁷ Esta es la tesis sostenida, por ejemplo, por J. Maritain: *Acerca de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, p-72.

sabiamente, pensando en las reformas de las leyes viejas: *ni aplicar este puro, porque había ya relaciones creadas*⁸.

La concepción de los derechos naturales sirvió, desde tiempos muy originarios de la ciencia política y jurídica, lo mismo para explicar el surgimiento del Estado por vía de un pacto social de individuos libres en el ejercicio pleno de su libre albedrío, como para sostener como consustanciales derechos como la libertad y la vida. Esto es de la mayor importancia porque la historia de la justicia describe siempre, en primera y última instancia, los episodios y fenómenos derivados de la forma en que el Estado trata a los individuos. Y este trato tiene sus límites, el primero y más importante: la dignidad del ser humano, y dentro de ella, el derecho a la vida.

La conformación del Estado y de su orden reglado no significa la renuncia a los derechos propios de los individuos sometidos a jurisdicción. En todo caso, es un marco de reconocimiento y protección, porque el límite de la facultad punitiva del Estado es la dignidad humana. Este es el punto de partida, o sea, la consideración de que al hombre, por el simple hecho de serlo, le es inherente el derecho a vivir. En consecuencia, la pena de muerte significa una ofensa y una conculcación esencial a la dignidad humana.

Sin embargo, este no fue el alcance exacto dado por Martí. Él fue más allá. Él no se limitó al acto de reconocimiento del derecho a la vida en su efecto declarativo, como prohibición de que los individuos fuesen ejecutados en nombre de la ley, sino que terminó ahincándose en el efecto constitutivo, de exigir concomitantemente la adopción de una política social y estatal de respeto y garantías para el goce efectivo de la vida, lo que presupone siempre el reconocimiento, salvaguarda y materialización de otros derechos humanos fundamentales, que son los que permiten realizar, a partir de la vida, la dignidad plena de los hombres; lo que viene a ser hoy en día el punto de convergencia del pensamiento humanista más avanzado.

En el siglo XIX, en época de Martí, aún estaba abriéndose paso tal concepción. Entonces no pasaba de ser una tendencia, por lo que la confluencia martiana con lo más progresivo del pensamiento iusnaturalista de la época, le permitió formar parte de la vanguardia del pensamiento humanista decimonónico.

En realidad, Martí fue un demo-liberal muy peculiar y avanzado, superador de limitaciones propias de esa corriente. Quizá el mayor punto de superación martiana de aquel liberalismo

⁸ O.C., E.c., t-5, p-90.

de base iusnaturalista lo encontremos en la incorporación que él hizo de una nueva categoría de derechos, los sociales: a la educación, a la alimentación, al trabajo y a la sanidad, o sea, no sólo la declaración del derecho a la vida natural, sino la exigencia del derecho humano a una *vida digna*. En Martí se halla la prédica del ejercicio del derecho a la vida con el respeto pleno a la dignidad del hombre. Sin esto, el derecho a la vida se vería mermado en lo que es.

El derecho a la vida, a la inviolabilidad de la persona humana, es tan sólo un presupuesto base para disfrutar de los restantes derechos humanos. En este sentido la defensa martiana de la vida frente a la pena de muerte, en 1871 y años siguientes, se entronca y enfrenta con la cultura de la muerte que he configurado inicialmente, y contiene, de fondo, el reconocimiento de otros derechos, porque la carencia o inadecuada educación, sanidad y alimentación, de trabajo y remuneración conducen a la ausencia de una *vida digna*, erigiéndose en un factor criminógeno de primer orden, en lo que tiene responsabilidad el titular de la facultad de punir con la muerte: el Estado; fenómeno cuya valoración no suele estar presente de forma determinante al momento de tomarse la resolución de privar de la vida a un individuo comisor de un ilícito penado con la muerte. Pero eso es asunto que abordaré oportunamente en este mismo capítulo. Ahora lo que interesa es que en las alegaciones martianas del cuaderno de apuntes subyace la invocación del principio de inviolabilidad de la vida humana.

Si bien en 1871 este principio se deduce de la continua defensa de la vida y de combate de la pena de muerte que hace Martí, como enunciado mismo no le es ajeno, pues en el futuro, oportunamente, él alabará, por compartirlos, los *sueños de inviolabilidad de la vida humana*⁹ sostenidos por Víctor Hugo, a quien conocía y de quien había tenido una notable influencia antes de 1871. Más explícitas no podrían ser estas palabras de Martí sobre Víctor Hugo: *Hugo ama y tiembla, y se espanta de ver matar, y cuando ve las manos febriles del verdugo enarbolando los maderos del cadalso, extiende hacia el juez duro los brazos generosos, y le pide, en nombre del Dios que crea, que no niegue a Dios y no destruya. Y dirán de él que es pedidor frecuente, y que prodiga sus clamores, y que ya va siendo uso que no haya crimen de otro sin que no haya protesta de él. Más no se vive para ser aplaudido por los egoístas, sino por sí mismo. Es tal y tan inescrutable maravilla una existencia humana que bien*

⁹ O.C., t-24, p-32.

*merece que se intente su salvación, a trueque de parecer intruso o soberbio a los censores*¹⁰.

Por supuesto, la explícita invocación del principio de *inviolabilidad de la vida humana* realizada por Martí, permite y obliga a razonar el contenido y alcance que este tiene en la doctrina, con la recurrencia confirmatoria que los textos martianos permitan.

De acuerdo al entendimiento más radical, el derecho a la vida se erige como un derecho natural, universal, de todos los hombres, en todos los países; de todos los tiempos; definido y reconocible; irrevocable, irreductible, inalienable, imprescriptible. Sin lugar a dudas, la *inviolabilidad de la vida humana* es la primera y fundamental razón contra la pena de muerte, y es de un eticismo capital. La *inviolabilidad de la vida humana* es un principio ético que vale en sí y por sí mismo. La vida del hombre, por su propia condición humana es éticamente intocable, inviolable, sagrada¹¹.

Derivadamente, la vida de ningún ser humano debe ser utilizada, por no ser medio para conseguir ciertos fines. El ser humano es fin en si mismo. En consecuencia, la facultad de punir está limitada por las barreras que establece la condición de inviolabilidad que rodea al ser humano y su dignidad¹². Y el mayor y peor ataque que puede sufrir *la inviolabilidad de la vida humana* a manos del Estado será siempre la aplicación de la pena de muerte, por todo lo que implica. Y como la pena de muerte es profundamente incongruente con las invocaciones al derecho a la vida, por ser opuestos, inconciliables, quizá el mejor medio de enseñar el respeto a la vida de los hombres consiste en negarse a suprimir la vida en nombre de la ley. Esto es lo que hace Martí.

Para Martí la legalidad tiene que ser de base moral, porque su espíritu de justicia no es legalista, de plena hermenéutica legal, sino profundamente ético. La ley tiene que ser ética, moral, justa. Él no quiere cualquier orden público, a cualquier costo, ni siquiera a los costos posibles; sino legítimos, con asiento en los derechos primarios y primeros de los hombres: los naturales; el primario y primero: la vida. Él lo introdujo cuando sostuvo que el deber de la sociedad con los criminales era su *aislamiento*¹³ y no la muerte.

¹⁰ O.C., t-14, p-426.

¹¹ González, Juliana, *Razones éticas contra la pena de muerte*, p-86.

¹² Ello determina un respeto y una protección intangible de la vida humana, sin que puedan esgrimirse *título alguno para contradecirla, ni persona física o moral de cualquier clase que pueda ostentarlo, ni legitimar su posesión*, según sostiene Juan Cobo del Rosal, *4 penas de muerte*, 4, p-203.

¹³ O.C., t-21, p-23.

Y lo introduce también como proyección personal en su literatura, cuando en su drama *Patria y Libertad*¹⁴, indistintamente, pone en labios de sus personajes *Martino* y de *Pedro* la determinación de impedir que se acuda al cadalso, a la pena de muerte, al sacrificio de la vida, como contestación retribucionista a la opresión tiránica que padecen.

P:

Perezca el Sacristán!

Pedro:

¡No Perezca!

Mil veces se ha perdido la justicia

Por la exageración de la violencia!

Un pueblo ha muerto bajo el yugo hispano:

El hombre justo nuestro hermano sea.

¡Los tiranos que el látigo fabrican

*arrójelos el látigo mar fuera*¹⁵!

En otro pasaje del mismo drama se produce un diálogo de similar proyección:

Indio:

Don Pedro, el padre Antonio y esos nobles

Con su sangre y sus vidas nos respondan.

Martino:

No. Eso no. Jamás. No nos manchemos

Con sangre de indefensos, en la sombra.

Uno:

Hemos triunfado ya. A muerte dice

El espantoso bando de Venegas.

Pues bien. Su misma ley, cúmplase ahora,

Y ejecutemos la mortal sentencia.

Para el esbirro colonial tirano

Que cada casa un cadalso sea

Martino:

No! Lejos de la Patria que oprimieron,

*A los déspotas hoy echemos fuera*¹⁶.

Martí hace entonces que Martino triunfe y los patriotas le obedezcan y se retiren, conduciendo vivos a Don Pedro, al padre Antonio, a los nobles y a los soldados apresados. En la victoria, cuando nada ni nadie se opone a que Martino aplique una medida retribucionista, salvo su conciencia ética, Martí hace prevalecer la vida de los enemigos. En el cuaderno de apuntes el *aislamiento del pernicioso* será la alternativa a la pena de muerte; en *Patria y Libertad* la alternativa a la muerte es una pena similar al aislamiento: la expulsión de las tierras que oprimían.

¹⁴ *Drama Indio Patria y Libertad*. Escrito por Martí en Guatemala, marzo 1877-julio de 1878. Aquí se han utilizado tanto la versión definitiva como las versiones preparatorias del drama, que pueden ser consultadas en O.C., E.c., t-5.

¹⁵ O.C., E.c., t-5, p-119.

¹⁶ O.C., E.c., t-5, p-132.

En Martí, quien dijo sentir *una indignación fecunda, y una determinación febril y ciega de arrollar todo lo que merme la persona humana*¹⁷, es lógico que se produzca esa defensa y se ofrezcan esas garantías al derecho de los enemigos a la vida, incluso cuando estos han practicado como política de confrontación el sostenido empleo de la muerte, incluso las maneras más cruentas y crueles de conculcar la vida.

En la obra martiana pueden ser hallados varios pasajes en que se alaba, enaltece y se honra a los hombres públicos, (políticos, intelectuales, abogados, revolucionarios, etc.) que hacen prevalecer la vida de sus adversarios, especialmente si la conducta esperada o lógica es la retributiva frente al recurso patibular empleado en su contra por el enemigo ahora vencido y expectante de una respuesta pública a sus crímenes. Es una manera martiana de hacer aplicación del principio de *inviolabilidad de la vida humana*.

Dando cuenta de la muerte de Don Juan Carlos Gómez, uno de aquellos hombres *en quienes el derecho encarna y llega a ser sencillo e invencible, como una condición física*, Martí resaltaré que fue capaz de nunca obrar en *provecho propio, sino porque no se mancillase el decoro humano. Sentía en sí al hombre vivo, y cuanto atentaba a la libertad o dignidad del hombre le parecía un atentado a él, y echaba sobre el ofensor su cólera magnífica*. Y resaltó de él que *con igual ánimo imprecaba al hombre horrible que tiñó en sangre a Buenos Aires hasta los campanarios, y los árboles del campo hasta las copas, que a aquellos de su bando que, luego de abatir el poder del criminal en Monte Caseros, quisieron aprovecharse en demasía de su triunfo*. No podía ser menos, porque aquel hombre *del lado del derecho pasó toda su vida*¹⁸, y es que a Juan Carlos Gómez, al decir de Martí, *se le inflamaba el rostro y se le encendía la pluma cada vez que veía en peligro el honor del hombre, y caía sobre el trasgresor, como si de la Naturaleza hubiera recibido encargo de abatir a todos los enemigos de la virtud*¹⁹.

Una prueba suprema de este encomio de quienes saben perdonar al criminal -no el crimen- para salvar la vida que se valora sagrada, lo halla Martí en el general José Antonio Páez (1790-1873), sobre cuya conducta de generosidad volveremos cuando abordemos el carácter vengativo de la pena de muerte: *No eran aún más que cien, allá por 1814, y ya Páez se iba a citar a combate con baladronadas al jefe realista. El jefe vencido se echaba al*

¹⁷ O.C., t-21, p-281.

¹⁸ O.C., t-8, p-185 a 187.

¹⁹ O.C., t-8, p-192.

río y Páez se echaba tras él, cruzaba el río antes y lo esperaba a la otra orilla, para perdonarlo²⁰.

De igual manera, pero a partir de otra perspectiva y dimensión, ya no desde la condición de jurista o desde el poder, sino desde una profesión que le fue tan propia: el periodismo, desde el que produjo casi todo su abolicionismo posterior a 1871, Martí halla nuevos puntos de referencia humanos para alabar la defensa de la vida. El periodista Federico Proaño arrancó de Martí nuevos elogios para los que convirtieron en causa la defensa de la vida, incluso la de la *persona sagrada de nuestros adversarios*²¹, y que tiene la virtud de que conduce a una nueva intendencia en la defensa de la vida: *Proaño no podía ver un pájaro preso sin darle libertad; ni castigar a una bestia sin tundir a quien la castigase; ni merma alguna del hombre, sin que se le encrespase la pluma, como al quetzal, de ojo de oro, cuando se ve la esclavitud encima*²².

Y ya que con Proaño, Martí introduce en similar rango de censura la prisión de un pájaro o el castigo de una bestia o la merma de cualquier hombre, algo más, de significativo valor simbólico, ecológico y humano, ha de añadirse. Si desde fecha muy temprana en su vida, Martí se pronunció repetidamente por el dominio del derecho intangible a la vida de los hombres, también desarrolló, mediante invocaciones diversas, una impugnación de la práctica humana del sacrificio de los demás animales menos desarrollados, aquellos carentes de humanidad. Martí invocará la ley de Tao, según la cual *no se ha de pisar un insecto, ni cortar un árbol, porque es destruir la vida*²³. Y si esto es así con la vida de los insectos, con los árboles, ¿cómo ha de ser con los hombres?

Precisamente, Martí alabó, en hermosas palabras, la entrega sincera y constante, honesta y valiente, de Henry Bergh, el *buen amigo de los animales*, para que *no se latiguease a los caballos. Que no se diese de puntapiés a los perros. Que no se ejercitaran los niños en enfurecer a los gatos. Que no se clavasen a los murciélagos en las cercas, y les diesen de fumar. Que puesto que el hombre no quiere convencerse de que no necesita de carne para vivir bravo y robusto, ya que ha de matar reses, las mate bien, sin dolor, pronto. Que el que trae tortugas vivas al mercado, no las tenga tres días sin comer como las tiene, sino aunque*

²⁰ O.C., t-8, p-218.

²¹ *Es el culpable el que ofende a la libertad en la persona sagrada de nuestros adversarios, y más si los ofende en nombre de la libertad.* O.C., t-8, p-258.

²² O.C., t-8, p-258.

²³ O.C., t-12, p-78.

*hayan de morir después, les dé algas y agua. Si las serpientes han de alimentarse con conejos vivos, que se mueran de hambre las serpientes*²⁴.

*Mientras más se burlaban de él, -enaltece Martí- más predicaba Bergh, con tal éxito que ya apenas hay Estado de la Unión que no tenga en sus leyes las que él propuso contra el maltrato a las bestias, por cuanto el maltratarlas, sobre ser inicuo, abestia al hombre. Él perseguía cuanto en el hombre nutre la ferocidad. Mientras más sangre coma y beba, decía Bergh, más necesitará el hombre verter sangre. Los pueblos tienen hombres feroces, como el cuerpo tiene gusanos. Se han de limpiar los pueblos, como el cuerpo. Se ha de disminuir la fiera*²⁵.

No es solamente que Martí sea capaz de apreciar en otros este amor, respeto y defensa de los animales. Martí cuestionó en sí mismo -como puente de embarque plural-, el derecho a matar a los animales: *¿No es ridículo un hombre persiguiendo a una mosca? Y si mato una mosca, me pongo a discutir con angustia con mi conciencia si he tenido el derecho de matarla*²⁶. Y no sólo esto, sino que en probable anticipación de un planteamiento de alimentación vegetariano, impugnará la costumbre culinaria del uso de los cadáveres de animales: *¿Debe el hombre alimentarse de otras criaturas que como él sienten y piensan, aunque en menor grado que él*²⁷? Por el camino emprendido, Martí llegará a impugnar que ni siquiera se tenga derecho a embalsamar o momificar cuerpos.

Si su sensibilidad y su razón le impusieron tales elucubraciones limitadoras del ejercicio de dar muerte a los animales, ¿cuáles no serían los alcances y derroteros de sus consideraciones sobre *la inviolabilidad de la vida humana*? Porque aunque, como Martí hizo, se reconozca en el hombre mismo una porción o resquicio de fiera, al realizar el acto de reconocimiento de su humanidad, se reconoce y admite su derecho primero, originario y absoluto al goce y respeto de su vida y de su dignidad humana. Y es que no solo el hombre es el animal más desarrollado, pensante y emotivo, sino el único socializado, con derechos de variada clase. Disminuirlo en su integridad física o psicológica o extinguirlo es un atentado al equilibrio y a la naturaleza que debe sopesarse muy gravemente. Por eso Martí proclamará: *Debe ser ley en los tribunales el ahorro de la vida humana*²⁸.

²⁴ O.C., t-13, p-331.

²⁵ O.C., t-13, p-332.

²⁶ O.C., t-21, p-280.

²⁷ O.C., t-21, p-414.

²⁸ O.C., t-9, p-217.

Ciertamente, fue Martí un cultor de la vida, que murió con la idea de que cuando anduviese *escaso de vida*, escribiría un libro titulado *El concepto de la vida*, en el que se proponía distinguir la vida postiza, resultado de las deformaciones de las tiránicas convenciones (*que tuerce sus sentimientos, precipita sus sentidos y sobrecarga su inteligencia con un caudal pernicioso, ajeno, frío y falso*), de la vida verdadera y natural²⁹. Seguramente, en su libro *El concepto de la vida*, abordaría este tópico, que en realidad es un asunto hartamente complejo, que escapa a la ciencia del Derecho (filosofía del Derecho, Derecho Penal, etc), y se entronca con la ética; rebasa lo meramente positivo para ser una cuestión de principios, raíz de cualquier razonamiento.

Llegado a este punto de la exposición, resulta insoslayable una precisión: para Martí, ¿la vida es un derecho o es una obligación? Siguiendo su obra y su ejecutoria anterior a la convocatoria de la *guerra necesaria*, la vida es un derecho, un valor básico, consustancial a todos los humanos; al parecer, sin excepciones. Pero es un derecho intangible sólo contra la muerte no deseada. Convencido de que la muerte, por su *seriedad*, debía ser tratada *seriamente*, Martí sostuvo que era *un crimen no oponer a la muerte todos los obstáculos posibles*³⁰, pero no se sintió obligado a vivir. No se tomó el derecho a la vida como una obligación que impidiera, incluso, el sacrificio de la vida propia por la de los demás, como será determinación fecunda y constante en él, y con la que fue consecuente, al ofrendarla por el cese del reino patibular colonial, y la liberación y dignificación de su pueblo.

En fin, la no aceptación de la pena de muerte como violación del derecho a la vida es de tal entidad que Martí buscó muchas maneras de expresarlo, desde cuestionar que algún juez pudiera resolver la muerte de un acusado sin impactar su conciencia, hasta en forma más sencilla, aseverando no entender (en plural) que algún hombre pudiera firmar una sentencia de muerte de otro hombre: *Nosotros no entendemos (...) que un hombre firme la sentencia de muerte de otro*³¹. Y no lo puede entender porque en 1871 él negó de plano que el Estado tuviera la titularidad del derecho de vida o muerte, el que no reconoció a ninguna entidad, humana o divina, individual o colectiva, natural o jurídica.

2.- Derecho a la vida contra el derecho a matar.

Resulta obligado una previsión: una aproximación ética, moral y religiosa al tema de la pena de muerte, factores de incuestionable importancia para asumir postura, es intrínseca a la

²⁹ O.C., t-18, p-290.

³⁰ O.C., t-21, p-151.

³¹ O.C., E.c., t-1, p-263.

persona que los toma como criterios de polémica, y, por ende, incuestionables desde ese prisma individual. Esto condiciona que sea menester un acercamiento a los elementos extrínsecos aportados por Martí, a los más objetivos y comprobables, a aquellos elementos que facilitan la racionalidad en el análisis, aceptándolos o rechazándolos.

Del planteamiento decisivo de la determinación del origen y ejercicio del llamado *ius puniendi*, ha de arrancar el análisis de los elementos extrínsecos de la oposición de Martí a la pena de muerte.

El Estado ha estado siempre dotado del supuesto derecho de extinguir el bien jurídico de la vida humana acudiendo a determinados métodos reglados de ejecución -y sin regla, también-. Para muchos, incluido Martí, el derecho de matar legalmente no existe, porque no puede derivarse del derecho de castigar, que sí tiene el Estado. Por eso, a mediados de la década de los setenta del decimonónico, al acometer contra la ejecución de los mexicanos Maximiliano Juárez, Francisco Gómez y Benigno García, Martí, apelando a una desacostumbrada ironía, se mofó del pretendido derecho de matar ejercido por el Estado, llamándolo *claro, generoso y útil derecho*³². En realidad, ya en 1871, Martí se mostró hondamente preocupado por delimitar adecuadamente la actuación legal-legítima del Estado, de modo que no hubiese lugar a una merma o conculcación del derecho a la vida.

Negar que el Estado tenga el monopolio de la violencia legítima, en momentos en que la civilización, lejos de dar signos de notable congruencia humanitaria, deslizándose por un hilo filoso de descontrol y criminalidad, es poner en peligro la subsistencia misma; pero cosa muy distinta es que el Estado actúe *de un modo tan inmisericorde frente a un ciudadano. A veces con tan poca piedad como el propio ciudadano con sus pobres víctimas. Pero por algo es un asesino; mientras que el Estado actúa en nombre de los ciudadanos honrados*³³.

Precisamente, por ello mismo, ha sido ardua y compleja la polémica acerca de si el Estado tiene el derecho de privar de la vida a un hombre por cometer un delito. ¿Cómo justificar que un grupo reducido de hombres, en representación del Estado, puedan decidir quitar la vida a un semejante? ¿Quién le ha concedido tan grave atribución? La cuestión a resolver, con economía expositiva por rigor metodológico, es: ¿qué se dijo, antes de Martí, en auxilio del pretendido derecho de matar?

³² O.C., E.c., t-4, p-213.

³³ Onaindia, Mario, *Contra la pena de muerte en cualquier caso*, p-63 y 64.

Unos lo encontraron en el mandato de Dios, otros en el contrato social, hasta que de a poco fue imponiéndose el criterio de que anclaba en la necesidad, porque la pena sería justa cuando fuera necesaria, aunque se le llamara necesidad a la utilidad, a la tutela, etc.

La escuela teológica sostuvo que Dios había concedido al soberano la facultad de vengar (castigar) cualquier ofensa criminal como si a Dios mismo se le hubiese hecho. El soberano quedaba investido de la facultad de matar, porque Dios le concedió el derecho de vida y muerte sobre los súbditos. Los que sostenían este postulado acudían a dos asideros principales: la especulación teológica, -sin necesidad de prueba del aserto-: basados en que no hay autoridad que no proceda de Dios, el que depositó en el soberano el derecho de vengar las ofensas como si fuesen producidas a él, y, dada la entidad de la ofensa, se llega a la muerte como respuesta; o las escrituras sagradas, que así, supuestamente, lo probaban. La razón desmiente lo primero, y las propias escrituras.

Algunos vieron en el llamado contrato social el pretendido asiento del derecho de castigar con la muerte, a lo cual se afilió, como ya vimos, Alphonse Karr. Sosteniendo el llamado contrato social como origen del *ius puniendi*, J. J. Rousseau tuvo por legítima la pena de muerte, porque si es lícito arriesgar la vida para conservarla, por no ser la víctima de un asesino, consiente uno en morir. Pero el contrato social también sirvió para sostener posiciones abolicionistas, como la de Beccaria, quien sostuvo que si la potestad de castigar se derivaba de la cesión de porciones de la libertad que los socios hacían, como estos se veían reducidos a ceder sólo aquello a lo que tenían derecho, noteniéndolo a matarse, carecían de la posibilidad de cederlo a la sociedad. La pena de muerte, en consecuencia, no era un derecho, sino una guerra de la nación contra el ciudadano que por necesidad o mera utilidad debía ser destruido físicamente. Si la convención social era la sumatoria de los derechos individuales que eran cedidos y reunidos como ley, al carecer del derecho a la autodestrucción, los ciudadanos no lo podían transferir, quedando la sociedad sin este poder o derecho.

Han argumentado los retencionistas que si se reconoce la legítima defensa individual, también ha de reconocerse la colectiva o social, asumida por el Estado, y de este razonamiento han desprendido la justificación de la pena de muerte. Mally, en sus *Principios de las leyes*, y Cayetano Filangieri, en la *Ciencia de la legislación*, atacaron el principio de la inalienabilidad de la vida sostenida por Beccaria. La facultad de castigar nacía no de la supuesta cesión del derecho a la vida hecha previamente, sino del derecho a dar muerte que la sociedad tenía para defenderse, transferido a ella por los hombres, no para que se les

diera muerte con la espada que colocaban en la mano, sino para ser protegidos del puñal del delincuente. El derecho punitivo le viene a la sociedad de la cesión del derecho a la autodefensa que tenían los individuos en el estado de naturaleza. Al tener el hombre derecho a defenderse con la muerte del agresor; al ser cedido a la sociedad, la autoriza para castigar con la muerte.

Sin ánimo de construir un análisis crítico de estas posiciones, digamos que dos errores capitales son apreciables. Primero, basar el derecho de castigar en el principio de la defensa social resultante del pacto entre los hombres, porque tal convención nunca ocurrió: el Estado y el Derecho son resultado de un proceso mucho más complejo, de transformación de la comunidad primitiva en comunidad política. Segundo, el confundir el derecho de defensa con el derecho de castigar, porque aquel se ejerce básicamente entre iguales, mientras opera la amenaza o peligro, con proporcionalidad, sin otras implicaciones jurídico-penales: mientras el derecho de castigar opera entre sujetos desnivelados jurídicamente, el Estado contra el individuo, *a posteriori* de la amenaza o peligro, con solemnidad, con predominio considerable de fuerzas a favor del supuesto defensor.

Salidos a buscar fuera de la convención la justificación del derecho punitivo, comenzaron a aparecer tesis interesantes.

Juan Domingo Romagnosi negó el contrato social como fuente del derecho punitivo: la sociedad no obra como depositaria de los derechos delegados, sino con derecho autónomo y originario porque tiene su propio derecho genérico de defensa. Razonaba que si el individuo tenía derecho a matar al agresor, también tenía ese derecho la sociedad. Al matar, la sociedad mira al porvenir, lanzando una amenaza de muerte: el reo debe ser castigado con la muerte para que los demás se persuadan de que la amenaza es cierta. Se procura prevenir los delitos, oponiendo a la acometida del delincuente la *fuerza repelente* de una amenaza-peligro suficientemente coactivo. Su gran error fue derivar el derecho punitivo del derecho de defensa, porque aquel es un derecho originario, y no el resultado de la transformación de otro derecho.

En realidad es un argumento de fácil destrucción, pues, para ser admitida como válida la legítima defensa social debiera configurarse con todos los elementos integradores de aquella. La legítima defensa individual exige una inmediatez y coetaneidad con el ataque inminente o actual, igual que habría de exigírsele a una alegada legítima defensa colectiva o social, porque de lo contrario dejaría de ser legítima para ser venganza, como lo sería la conducta individual si se le desproveyere de aquellos rasgos identificadores de la legítima

defensa. Ciertamente, puede causarse la muerte a un individuo, por ejemplo, en un estado de necesidad o de legítima defensa, perfectamente configurados, pero no es aceptable que deba causarse esa muerte. El individuo que legítimamente se defiende, no calcula, no premedita, no reacciona demorada y ventajosamente, sino que reacciona de inmediato, coetáneo con la agresión, a la que pretende neutralizar su ventaja y coartar el peligro. Pero la sociedad, al aplicar la pena de muerte, se defiende con premeditación y alevosía. Y como la pena de muerte es un *facto futuro, a posteriori* del crimen, cuando la ofensa o lesión han cesado y el agresor ha quedado reducido, no podrá ser tenida por legítima la defensa pretendida.

Pero en el caso de que se persista en esta línea de fundamentación, una nueva razón auxilia: aceptando que sea legítima defensa, esta exige una adecuación de medios que condiciona que no se cause la muerte si existe un modo o medio menos radical para conseguir el cese de la agresión, y el Estado tiene, precisamente, otros modos y medios, una vez que ha asegurado al agresor: por ejemplo, la prisión, no teniendo que recurrir a la muerte. Con Carrara, impugnando el argumento de la legítima defensa social, es posible sostener que es absurdo matar al matador para salvar a la eventual víctima o a los probables muertos. Nunca ha ocurrido que un pueblo determinado haya perecido por haber perdonado la vida de los homicidas, ladrones y otros delincuentes.

Anterior a los pronunciamientos martianos, para Henke, Schmidt, Richter, Mittermaier y, especialmente, Pellegrino Rossi la pena consistía en la remuneración del delito con un mal jurídico. La sociedad tiene derecho a impedir y a castigar las transgresiones del orden social, para establecer el orden moral, del que es un elemento. La justicia humana, expresión terrena de la justicia divina que acomete contra los que vulneran el orden moral eterno, penaliza a los hombres por sus transgresiones del orden social transitorio. La legitimidad del derecho de castigar con la muerte nace de la legitimidad misma de la sociedad, y ésta, de la legitimidad de la moralidad. Simplemente, en contestación, ¿por qué ha de tenerse a la sanción de muerte como el único medio coactivo para obtener la obediencia de la ley, mantener el equilibrio social y el llamado orden moral?

Por último, sin creer que se ha completado el espectro de posiciones, Pietro Ellero, justo cuando Martí hace sus primeras aproximaciones fácticas al mundo punitivo, sostenía que hallando el fundamento del derecho de punir se resolvía el asunto de si debía existir o no la pena de muerte. Su construcción era la que sigue: el hombre está provisto de derechos, lo que presupone la existencia de obligaciones en contrapartida (de ejercicio y protección); el

derecho es entonces exigible e inviolable para terceros, siendo materializables ambas condiciones por medio de la coacción. Como el hombre es un ser social y la sociedad, al ser necesaria, es legítima (revestida de derechos), y por necesidad posee leyes coactivas (penales), sin las cuales no puede conservarse, de ahí nace el derecho punitivo contra las acciones que la ponen en peligro. *La necesidad, pues, justifica, a la sociedad y de aquí el derecho de punir.* La pena es justa por ser necesaria a la sociedad. La necesidad aducida se presenta de variadas maneras: como razón de utilidad, bien público, tutela, lo que permite la justificación de la pena de muerte. Si esto es así, sólo debía aplicarse la pena que fuera necesaria, siendo, el exceso, una injusticia, de lo cual se concluye que si la prisión es suficiente para conseguir la ansiada seguridad social, la pena de muerte es un exceso, y en consecuencia una pena injusta.

Precisamente, esta es la tesis que Martí parece acoger en el cuaderno de apuntes de 1871 y a lo largo de la mayor parte de su vida. Aunque varíe el razonamiento, para Martí la pena ha de ser la necesaria. De hecho, en el cuaderno de apuntes de 1871, Martí utilizará este criterio para verificar la oportunidad o justicia de la prisión y de la pena de muerte. A las dos, a partir de sus presupuestos y exigencias, las reputará de innecesarias, aunque admitirá que la prisión fuera *precisa* para la sociedad, *para vosotros*³⁴, en obvia admisión de su necesidad pública. En este mismo sentido, y como colofón transitorio de este asunto, Martí creía que había que aceptar los conceptos generales del Derecho, desentrañando *sus gérmenes en las leyes antiguas*, respetando las *naturales*, olvidando las *inútiles*, desdeñando las *pueriles* y creando las *necesarias*³⁵.

Ellero, como muchos más, antes y después que él, al intentar demostrar, como criterio definitivo, que la pena de muerte era innecesaria, dejó la cuestión, esencialmente, en el plano de la dialéctica científica. Él creyó haber resuelto el problema planteando que toda pena que fuera necesaria, era justa, y viceversa, que toda pena innecesaria, sería injusta. Como la pena de muerte no la reputó de necesaria, la halló injusta. Aunque admitió, -pese a su abolicionismo a ultranza-, una hipotética situación en que la sociedad, superada por los crímenes, por su número y perversidad, impedida de castigarlos eficientemente, habría de abandonar los frenos y límites de la ley y acudir a una guerra contra los criminales. Sostenía que mientras la sociedad tuviera modos y maneras de castigarlos, la pena de muerte no le sería indispensable.

³⁴ O.C., t-21, p-25.

³⁵ O.C., E.c., t-5, p-90 y 91.

En principio, Martí pudo estar de acuerdo con Ellero o con los que como él planteaban la cuestión hasta ese punto. La coincidencia sería relativa, pues Martí exigió de las penas, que para ser justas, no sólo debían ser necesarias, sino avenirse a una ética humanista, que tenía al hombre como sagrado.

En definitiva, a esto se había llegado en el reconocimiento del derecho subjetivo de castigar cuando Martí se pronunció, y en verdad que Martí, -quien nunca se mostró celoso de acometer con estricta técnica jurídico penal-, podía estar conforme con la construcción de Ellero o con otras explicaciones más próximas a las concepciones actuales, como la que identifica el *ius puniendi* en dos direcciones: como poder o facultad estatal para reglar delitos y penas y como derecho para aplicar sanciones penales a los comisores de delitos. Es indudable que el Estado tiene fines públicos de diversa naturaleza: sociales, económicos, culturales, educativos, fiscalizadores, represivos, que los cumple obedeciendo, por un lado, a criterios de necesidad, utilidad o conveniencia, lo que condiciona que posea, en principio, el derecho de punir, a contrapelo de la pretensión de algunos autores de negarse a reducir esta facultad al nivel de un derecho subjetivo. En este sentido es válido descalificar al *ius puniendi*. No hay tal ejercicio de un derecho subjetivo de punir, sino el ejercicio mismo de una potestad soberana, concedida por ley del Estado. Las constituciones conceden tal potestad al Estado: de establecer delitos y penas por medio de leyes.

La conjunción de dos principios esenciales de valor político-jurídico establecen las fronteras principales del *ius puniendi*: el principio de legalidad del delito: *nullum crime sine previae legge penalis*; y el principio de legalidad de la pena: *nulla poena sine previae legge penalis*. Comúnmente es aceptado limitar, en estricto entendimiento jurídico, la relación jurídico-penal nacida del delito, a la facultad del Estado de reglar las conductas, infligir la pena a la persona responsable y exigir de esta que acepte y cumpla la disminución de sus bienes jurídicos fijada por los órganos competentes dentro de los procedimientos y límites fijados por ley; mientras la persona sancionada asume las consecuencias jurídico-penales decretadas, conservando el derecho de exigir que la responsabilidad recaiga exclusivamente sobre el hecho justiciable, el que debe ser valorado con justeza, con apego estricto a la ley previa, con el beneficio de circunstancias de atenuación y con una sanción ajustada a los límites y requisitos legales.

En fin, el Estado instituye los delitos y las penas, las inflige y las aplica. Ese es su *ius puniendi*. El individuo tiene la obligación de sufrir la pena y el derecho de que esta sea en estricta observancia de las reglas. Esto es en un entendimiento jurídico-penal estricto, que

no es, ni por asomo, la manera de aproximación martiana al fenómeno del derecho de castigar (con la muerte) ejercido por el Estado.

3.- Deber y no derecho.

Martí no se enfrascó en 1871, ni después, en analizar, rebatir o aceptar tal o más cual tesis. Él no se propuso hacer ciencia. Él asumió una posición racional sin pretensiones académicas. Con esta limitación, sin embargo, logró poner al desnudo una de las grandes paradojas del Derecho Penal: por un lado, proteger el derecho a la vida y otros bienes jurídicos, coactando y castigando todas las conductas que los niegan, y, por otra parte, en franca contradicción, negando el derecho a la vida al castigar con la muerte. Por ello, al enfrentar el supuesto derecho de vida o muerte ejercido por el Estado, dirá Martí *deber y no derecho*. *Deber* de proteger la vida y aislar al pernicioso y *no derecho* de cercenar una existencia.

Esta es su exposición inicial: *Castigad al espíritu culpable, como nosotros lo castigaríamos, al espíritu en esta encarnación, porque ni nosotros la hicimos, ni ella cometió culpas que nos autorizaran a destruirla. Y no la castigaríamos con la crueldad -que entonces seríamos iguales a vosotros, sino con el aislamiento de este cuerpo que, teniendo razón una vez al fin, comparáis exactamente a la gangrena, -con el aislamiento, que es el preciso deber de la sociedad sobre el individuo pernicioso, que la obliga a separarlo de la comunión con cuya concurrencia trastorna y hace daño. -Deber y no derecho, porque aunque parezca vulgar este argumento, vulgar y de todos es la idea de Dios y es la más grande de todas las ideas.³⁶ (...)*

Martí introduce en este planteamiento dos elementos de suma importancia en cualquier razonamiento de la época: la determinación del generador de la vida humana frente a la pena de muerte y la idea de Dios. Ello obliga a puntualizar.

Como principio, *la inviolabilidad de la vida humana* no sólo es sostenible desde la ética, sino desde otros campos cuyas fronteras no siempre son demarcables con facilidad: lo religioso y lo jurídico. Desde lo religioso, con Martí, es posible contestar, en principio y *a grosso modo*, parte de la tesis de sustentación de la concepción teológica de defensa de la pena de muerte. Martí niega que exista derecho ni justicia al privar de la vida a un semejante, y es que el *no matarás* bíblico, que él comparte desde bien temprano, quizás antes de haber leído *La Biblia* en *El Abra* de Isla de Pinos, adquiere valor supremo, inatacable. Martí pudo coincidir con San Agustín en que castigar con la pena de muerte es usurpar un derecho de

Dios, único dueño de la vida, aunque difiera en el Dios; y concordar con Víctor Hugo en la creencia de que la muerte sólo pertenece a Dios, por lo que matar es una equivocación de la ley de los hombres.

La pena de muerte no puede ser amparada o justificada en base a la idea de Dios, sostenida por la escuela teológica, porque si la pena de muerte es inmoral, *ineficaz, injusta, vengativa*, entre otros atributos nefandos, como sostiene Martí³⁷, ¿cómo la puede querer Dios, suprema idea del bien y de la justicia, *la más grande de todas las ideas*³⁸? Si Dios es fuente de bien, *la suprema conciencia, la suprema voluntad, y la suprema razón*, al decir de Martí³⁹, no puede querer la pena de muerte, y menos aplicada en su nombre. De igual manera, desde lo religioso, invocando raíz divina, puede argumentarse que si Dios concedió la vida, sólo a Dios corresponde extinguirla, y no puede tener esa facultad quien no es Dios.

Precisamente, para un idealista como Martí, esto último viene a tener un alcance similar a su afirmación de que *la sociedad no anima cuerpos, no crea cuerpos, no tiene sangre que darles.- ¿Cómo, pues, ha de tener derecho para destruir cuerpos que no anima, ni crea*⁴⁰? Es un principio ético: si se prohíbe al hombre dar muerte al hombre, incluso a los que dan vida: a la madre y al padre sobre los hijos -que cuando ocurre suele castigarse con máxima severidad-, igual vale la prohibición para quien no puede y no da vida: el Estado. De cierta manera, aquí es válido introducir la tesis martiana de que sólo se es dueño exclusivo de lo que se crea, y que usar lo que no se ha creado, es un *robo*⁴¹.

La sociedad, al matar en nombre de la ley, al aplicar la pena de muerte, extingue lo que no ha creado, en consecuencia comete un acto deliberado de usurpación, un *robo*: se mata lo que no se ha creado porque ha matado lo no creado. Martí niega que alguien posea el derecho de matar a nadie, porque el sentido primero de la vida es su conservación. Conservar la vida humana se halla *en la cúspide de toda estimativa que aspire a ser adjetivada de justa y ética*⁴². Si se quiere que desaparezca la filosofía individual y privada de la violencia, preciso es que se destierre la violencia del comportamiento social, y se eduque

³⁶ O.C., t-21, p-23.

³⁷ O.C., t-21, p-24.

³⁸ O.C., t-21, p-23.

³⁹ O.C., t-21, p-17.

⁴⁰ O.C., t-21, p-23.

⁴¹ O.C., t-12, p-43 y 44.

⁴² Cobo del Rosal, Juan, *4 penas de muerte*, 4, p-204.

a los individuos en el respeto más absoluto a la vida, respetándola. Lo engloba Martí cuando sostiene: *un hombre muere: la ley lo mata: ¿quién mata a la ley*⁴³?

Martí no hace otra cosa que negar la reminiscencia talional de corresponder a una muerte con otra muerte, porque no se puede proteger la vida humana amenazando con quitarla. Invocando a Martí, convendría preguntarle a A. Karr y a los retencionistas lo que se preguntaron los miembros de la *Coalition against the Return of the Death Penalty* de Canadá para combatir la reimplantación de los suplicios en su país: *¿Why kill people who kill people to show that people is wrong?* O sea, ¿por qué matar gente que mata gente para mostrar que es malo matar gente? O con Carlos Marx convendría preguntarse ¿qué clase de sociedad es esa que no conoce mejor instrumento para su propia defensa que el verdugo, y que proclama su propia brutalidad (o en palabras de Martí, que proclama *su bárbara crueldad*⁴⁴) como una ley eterna? ¿Cuál es la racionalidad de una pena que extermina al hombre y, sin embargo, lo acompaña desde los inicios, *como una trágica sombra*? El hecho mismo de *matar por justicia* es irracional. Es violencia extrema para liberar al hombre de la violencia extrema.

A partir de esta postura, la prohibición de matar no es vulnerable, obliga a todos, para toda situación. No es posible vulnerar este derecho concediendo la facultad de matar al Estado, ni para resolver un conflicto ni para imponer su autoridad, porque el precio es muy alto. Esta consideración significa, ni más ni menos, que aunque se probara que la pena de muerte contiene un efecto disuasivo, incluso mayor eficiencia disuasiva que las demás penas; aunque se aplicara a hechos extremos, execrables; aunque se aplicara de forma justa e igualitaria; aunque no se cometiesen errores judiciales, no es lícito ni legítimo aplicar la pena de muerte. Es una colosal paradoja que se pretenda proteger la vida de los hombres en sociedad matando en nombre de la sociedad.

El Estado, que prohíbe y castiga los homicidios para asegurar el respeto a la vida humana, debe predicar con el ejemplo y no matar. Si la sociedad mata, se automutila. Para Martí, matar está prohibido para todos, no sólo para los que tienen alma, o sea, los hombres naturales, sino también para las personas jurídicas, incluido el Estado.

La pena de muerte introduce en la sociedad algo nefasto, el derecho de matar; la pretendida legitimidad de dar muerte a seres humanos. No importa que la titularidad de tal derecho lo posea ese ente llamado Estado, si para matar tendrá que acudir a hombres y mujeres. El

⁴³ O.C., E.c., t-3, p-118.

⁴⁴ O.C., t-21, p-22.

Estado no mata, matan los hombres a su nombre: el legislador que determina los ilícitos que han de merecer la muerte; el juez que la resuelve; los operadores del Derecho que intervienen en el proceso de dar muerte; el verdugo de oficio o los individuos que les corresponde la desdicha de tener que matar; el médico que en lugar de hacer todo lo posible por salvar a un hombre que muere, se limita a certificar que le han matado o indica que no ha muerto, para que los ejecutores terminen lo que han comenzado. El titular del derecho de matar es el Estado, pero matar involucra a muchos que de no existir tal prerrogativa nunca se hubiesen visto frente al dilema de participar en tan terrible y horrible acto.

Y como la pena de muerte es un acto de fuerza del Estado, con el que no se puede producir ningún bien al reo, es suficiente para que Martí la rechace, porque para él *sólo para hacer el bien, la fuerza es justa. Para esto sólo: siempre lo pensé*⁴⁵. Por esta consideración, es que hablando de Cecilio Acosta, aquel venezolano que *postvió y previó*⁴⁶, Martí significará que, *como la pena injusta le exaspera, se da al estudio asiduo del Derecho Penal, para hacer bien. Suavizar: he aquí para él el modo de regir*⁴⁷. Y en este mismo orden: *Toda la fuerza tiene su deber, que es el respeto a la debilidad*⁴⁸. O este otro pensamiento: *La fraternidad no es una concesión, es un deber*⁴⁹.

4.- Un derecho de castigar condicionado.

La negación martiana del derecho de matar ejercido por el Estado tiene otras aristas, de mayor profundidad y radicalidad que las que están contenidas en el alegato abolicionista del cuaderno de apuntes. Pero no se piense que pertenecen a un lejano momento de su vida, cuando hubiese madurado ideas y conceptos. El primer atisbo de radicalización de su impugnación del *ius punitive*, por producirse desde otra perspectiva de afirmación, está presente en el mismo cuaderno de apuntes, aunque no incorporado a su alegato abolicionista; sino expresado en una oración suelta, sin vínculo con las anotaciones inmediatas, anteriores y posteriores: *El Estado solo tiene derecho de castigar los delitos de sus súbditos cuando ha colocado a estos en un estado de educación bastante a conocerlos*⁵⁰.

⁴⁵ Guatemala, E.c., p-30.

⁴⁶ *Amó, supo y creó. Limpió de obstáculos la vía. Puso luces. Vio por sí mismo. Señaló nuevos rumbos. Le sedujo lo bello; le enamoró lo perfecto; se consagró a lo útil. Habló con singular maestría, gracia y decoro; pensó con singular viveza, fuerza y justicia. Sirvió a la Tierra y amó al Cielo. Quiso a los hombres, y a su honra. O.C., t-8, p-164.*

⁴⁷ O.C., t-8, p-159.

⁴⁸ O.C., t-12, p-240.

⁴⁹ O.C., t-6, p-227.

⁵⁰ José Martí: *Apuntes inéditos*, p-27.

Que a poco de acometer contra la pena de muerte se plantee una breve reflexión sobre la naturaleza del *ius puniendi*, demuestra su intención de perfilar una comprensión esencial, básica, del fenómeno jurídico-penal. Ahora, ¿qué provocó esta afirmación trascendental? ¿Obedeció a una lectura específica, a la participación en un debate o se trata de una aislada reflexión personal? No tengo hipótesis ni aventuro conjetura alguna sobre el particular. Me limito a realizar las derivaciones correspondientes a la expresión.

De la afirmación se deriva una impugnación en principio a la naturaleza misma del supuesto derecho subjetivo de punición del Estado. La impugnación es de fondo, pero no alcanza el fondo mismo. No se impugna que el Estado ejerza la función punitiva, sino que establece una limitación condicionante del *ius puniendi*. Martí no duda de la titularidad que se le reconoce al Estado para ejercer el pretendido derecho de castigar; y no duda tampoco en cuanto a la necesidad de proteger o defender a la sociedad, garantizando el libre disfrute de los bienes jurídicos. En esto hay plena armonía martiana con el común denominador doctrinal. Los atolladeros empiezan al plantearse los asuntos subordinados, especialmente el contenido de la relación jurídico-penal entre el Estado y el individuo. Y también, aunque esté sumergido en la afirmación, está la impugnación de que para obtener la ansiada protección social sea menester acudir a la pena de muerte.

Resulta obligado ir por las partes, siguiendo la huella cronológica de las aseveraciones martianas en este asunto, pues en este punto, como en ninguno otro de sus pronunciamientos sobre Derecho Penal, se muestra con mayor claridad la dialéctica de su vanguardismo intelectual.

En 1871, Martí acepta la relación jurídico-penal, pero, lejos de simplificarla, aceptando que nazca con el crimen, la complejiza, llevándola *ab initio*. Con su enunciado, Martí introduce un hondo sentido del deber público, previo y previsor, exigible como condición para que el Estado pueda ejercer el derecho de castigar a los infractores de las normas de tutela penal. La expresión es clara en cuanto a su pretensión condicionadora: *El Estado sólo tiene derecho de castigar los delitos de sus súbditos cuando...*, De acuerdo con el presupuesto martiano, del conjunto de facultades y fines públicos del Estado, -entre los que se encuentra el *ius puniendi*- se deriva el deber de dotar a cada individuo de una virtud: una *educación bastante* a conocer los delitos, presupuesto base para el ahorro de la parte penosa de la relación jurídica entre ellos.

El *ius puniendi* ejercido por el Estado no sólo entraña la facultad o el derecho de la sociedad de protegerse castigando, imponiendo penas cuando se ha vulnerado el orden jurídico-

penal, sino también el vencimiento de una condición-deber precedente para que pueda ejercerse íntegramente tal potestad: la educación de los individuos, hasta un grado o nivel en que las entidades delito-pena sean comprendidas y la virtud inculcada se erija en razón contraria a la criminalidad misma. Al hombre se le ha de cultivar la razón mediante una *educación bastante* a conocer los preceptos de lo justo, porque con la educación se da a los hombres las bases del derecho. Estas son palabras de Martí: *Una vez conquistada la libertad por el sentimiento de la independencia, dese el medio de asegurarla con el desarrollo de la educación. Dense las bases del derecho a aquellos que lo han defender*⁵¹.

Esto determina la exigencia martiana del buen gobierno, que si bien, como señala Bertrand Russell, desempeña la función *negativa* de evitar la violencia de los particulares, protegiendo la vida y la propiedad, estableciendo y aplicando las leyes penales, ejerza antes o concomitantemente la función *positiva*, cuyo primer escalón es la educación, no sólo concebida como *adquisición de conocimientos, sino también en inculcar ciertas lealtades y creencias*⁵², sentimientos y actitudes, hábitos y principios éticos y morales.

A manera de ejemplo, para probar el nivel histórico de la irresponsabilidad pública o de la corresponsabilidad social en los delitos en Cuba, por el sólo efecto de la incultura o la no instrucción escolar, en 1860 en Cuba había 283 escuelas para niños blancos y 2 para los niños negros. Un año después, de los 603 046 negros, 576 266 no sabían leer, o sea, el 95 % de la población negra era analfabeta⁵³. Salvo para un sector criollo privilegiado en lo económico-social, y para contadas excepciones, el acceso a la educación y la cultura estaba negado para la mayoría. Las costumbres públicas y la higiene social se dolían de las carencias del buen gobierno y del desastroso estado de la educación.

Precisamente, por este trasfondo, para Martí el inicio de la relación jurídica no está en el delito, sino mucho antes, cuando el ahora delincuente, sobre el cual el Estado tenía el deber de contribuir eficaz y principalmente a edificarle una personalidad recta, evitadora del crimen, era irresponsable penalmente, o cuando siendo biológica y mentalmente responsable penalmente, no era culpable de nada.

5.- La corresponsabilidad social en el crimen.

⁵¹ O.C., E.c., t-4, p-153.

⁵² *Autoridad e individuo*, p-37.

⁵³ *Censo de 1899*, p-45. Se pueden tomar muchas fuentes. Por haber sido contemporáneos con Martí, convendría apelar a las estadísticas y valoraciones que ofrecen Carlos M. Trelles (*El progreso y retroceso de la República de Cuba y La instrucción primaria en Cuba comparada con la de algunos países de América, Asia, África y Oceanía*), Fernando Ortíz (*La decadencia cubana*) y Raimundo Cabrera (*Cuba y sus jueces*).

De acuerdo con Martí el delito descubre dos incumplimientos de deber por los que hay que responder: el del individuo, que al delinquir, siendo responsable penalmente y culpable, ha de sufrir una sanción; y la del Estado, que al incumplir su obligación pedagógico-formativa, asume una cuota de responsabilidad en el delito. De ello, se concluye que con el delito se inicia una relación jurídico-penal entre dos irresponsables (por incumplimiento de sus respectivas obligaciones) y dos responsables (por la responsabilidad que les es exigible): el Estado y el delincuente.

En el caso particular del Estado, el deber es exigible, y el cumplimiento de este deber es una condición básica de legitimación de las prerrogativas estatales. Esta obligación estatal debiera ser tan exigible como la otra, la conducta infractora. De acuerdo con los presupuestos martianos, porque trasciende al momento de comisión del delito, ha de plantearse y exigirse como condición a la hora de pretender ejercitar el *ius puniendi*.

Antes de proseguir en la obra martiana en este punto, ha de ser planteada una contradicción o conflicto que surge a partir de la construcción expositiva del asunto realizada por Martí. ¿Qué ocurre si el Estado no vence su deber pedagógico? ¿Pierde el *derecho* de castigar? De la redacción dada por Martí, la respuesta a la última interrogante podría ser positiva: si el Estado no vence su deber, pierde su *ius puniendi*. De sólo plantearlo, se impone -dada la configuración civilizatoria pasada, presente y previsible- su improcedencia. Si el Estado pierde la posibilidad de ejercer su facultad punitiva, ¿qué se hace con el crimen y con los criminales? ¿Se dejan en la impunidad? Podría pensarse que la respuesta derivada sea la impunidad. La escueta formulación martiana de 1871 es la responsable de estas dubitaciones.

Afortunadamente, estas no se sostienen, por dos razones principales. Primero, porque para Martí el crimen no podía quedar impune, *so pena* de verlo reproducido en una escala mayor. Segundo, porque *a posteriori* Martí esclareció el sentido y alcance de su pronunciamiento condicionante de 1871. De todos modos, lo importante, realmente, es que tan precozmente como a los 18 años, Martí exigió una doble dirección en la relación sociedad-delincuente.

Esta idea de la condicionante bidireccionalidad estará muy enraizada en el pensamiento jurídico martiano y se manifestará continuamente, ganando en explícitez, profundidad y alcance. A casi cuatro años de distancia de aquella primera impugnación del *ius puniendi*, recibido ya de abogado, encontrándose en México, Martí volverá sobre el asunto, pero entonces irá más hondo en su ataque, expresando con claridad el fondo de su pretensión: la idea de suprimir toda sustentación al derecho de matar ejercido por el Estado: ¿Será lícito

*exigir toda la responsabilidad de un crimen a aquel a quien no se dio toda la educación necesaria para comprenderlo*⁵⁴? Esta vez no es el derecho de castigar el que queda condicionado al grado de vencimiento del deber pedagógico, sino la penalidad específica.

Lo que plantea Martí es que si no hay educación completa, total, efectiva y suficiente, no puede exigir el Estado *toda la responsabilidad* penal. Si la insuficiencia educacional interviene en la generación del crimen, entonces no se puede castigar con extremos, lo que supone que el fundamento básico de sustentación de la pena de muerte queda deshecho. En fin, Martí acepta el derecho de castigar, pero niega que pueda ejercerse incólume, hasta sus formas extremas: aplicando la muerte. Con esta nueva formulación de la idea, tiene *derecho de castigar* incluso quien no ha cumplido su obligación pedagógica en la formación de los ciudadanos; pero queda impedido de castigar con la muerte. Queda reducida la facultad de castigar del Estado al *aislamiento, que es el preciso deber de la sociedad sobre el individuo pernicioso*⁵⁵.

El primer paso de avance observable después del planteamiento original de la libreta de apuntes, además de su esclarecimiento, es este: impugnar la pena de muerte por faltar la provisión de la adecuada educación. Seguidamente, -en proceso que será oportunamente completado cuando abordemos su posición frente a la aplicación de la pena de muerte en México-, Martí introducirá nuevas exigencias preventivas al Estado para que pueda ejercer completamente el *ius puniendi*: *dar todos los elementos de vida buena y honrada*, como exigirá en julio de 1875⁵⁶, o *dar de comer al que tiene hambre y vestidos al que tiene frío*, como exigirá en noviembre del propio año⁵⁷.

Ciertamente, el Estado tiene el derecho de castigar, pero sólo moderadamente, y el derecho se convierte en deber porque viene obligado previa y coetáneamente a educar para evitar el crimen (la pena,) cortando las *raíces que han envenenado la dignidad de miles de personas aún cautivas en la caverna platónica*⁵⁸: y el deber pedagógico, a su vez, se transforma en derecho de los individuos a la educación; y el deber de proveer vida digna y confortable, se transforma en derechos sociales diversos. Estas nuevas exigencias tienen en común la pretensión de impugnar la pena de muerte desde otra perspectiva a la jurídica.

⁵⁴ O.C., E.c., t-4, p-136.

⁵⁵ O.C., t-21, p-23.

⁵⁶ O.C., E.c., t-2, p-118.

⁵⁷ O.C., E.c., t-4, p-213.

⁵⁸ Arriola, Juan Federico, *La pena de muerte en México*, p-72.

Si las injustas estructuras sociales, por excluir formas viables de equiparación y posibilidades de alcance real de la deseada felicidad para las mayorías, producen diversos fenómenos de marginalidad y delincuencia, por hacer la agresividad, la violencia y los trucos consustanciales a la sobrevivencia, ¿qué justicia puede haber en aplicar la muerte por mandato judicial precisamente a los que se ha condenado al crimen? Si son los pobres, los marginados, los étnicamente minoritarios los que se hacen reos de muerte, ¿cómo sostener que es *buena* una pena irreversible?

La justicia social y económica, factores primeros de progreso y civilización, son, en el concepto martiano, contrarios de la pena de muerte. De lograrse tal justicia, menos criminalidad existirá y por consecuencia, menos necesidad de las medidas extremas. En cambio, si la justicia social y económica no se logra, menos derecho tiene el Estado y la sociedad a imponer castigos severos a quienes no proporciona felicidad y equilibrio. Si el Estado no evacua la condición-deber de buen gobierno, su derecho punitivo será de dudosa configuración y sustentabilidad.

Pero en cualquier caso, el *ius punitive* ha de ser constreñido, reducido, limitado. Ciertamente, sin el *ius puniendi* concedido a un ente simbólico y real como el Estado, la sociedad humana moderna estaría dominada por la más completa anarquía, en peligro real de autodestrucción. Pero este *ius* no puede ser ilimitado; en virtud del principio de *inviolabilidad de la vida humana* y en virtud de la corresponsabilidad pública en la generación del delito.

El derecho de punir es también *deber* de buen gobierno. No sólo *deber* de conservar la vida, sino también de dignificar la vida. Deber, idea de valor superior si atendemos a sociedades que se han acostumbrado a que cada individuo se superpone a los otros, en una carrera desenfundada por el éxito propio, sin que la suerte y el destino de los fracasados sea responsabilidad, pública o social, eficientemente entendida.

Allí, donde el mal gobierno ha sido incapaz de formar hombres educados y virtuosos, de moral enderezada, de construir una convivencia equilibrada y justa, Martí niega que se pueda ejercer completamente el *ius puniendi*. La tesis martiana implica proclamar la existencia, tras cada crimen condicionado por factores sociales y culturales, de dos *delitos*: el del individuo y el del Estado. La existencia de este *delito* público-estatal-social no es invención del autor, sino de José Martí, quien lo dijo en estos términos, aunque sin pretensiones de conceptualización jurídica: *la miseria no es una desgracia personal: es un*

*delito público*⁵⁹. Al decir *miseria*, habría de agregarse la ignorancia y la incultura. Por eso, para solucionar el complejo fenómeno de la criminalidad se requiere *la reforma inmediata de las condiciones sociales que producen ese fenómeno vergonzoso e inhumano: la miseria*⁶⁰. Y también de los fenómenos vergonzosos de la ignorancia y la incultura.

De aquí se deriva, primariamente, que sea de inteligencia básica desproveer a un Estado irresponsable de facultades punitivas extremas, especialmente de la pena de muerte, porque si el Estado no es capaz, con suficiencia y holgura, de generalizar y universalizar la educación y la cultura previsora y preventiva, la pena de muerte recaerá siempre sobre el sector social o étnico que esté desfavorecido en el suministro de ese factor anticriminógeno. No supone esto que el Estado sea desprovisto de la facultad de juzgar y castigar la conducta infractora del individuo. La imputación de irresponsabilidad al Estado justifica y explica solamente la pretensión de desposeerlo de la facultad de castigar con la muerte.

Si Martí imputa la coresponsabilidad en el vicio o en el crimen es para exigir la responsabilidad derivada, la de levantar al vicioso o al criminal; responsabilidad que implica conservarles la vida, para elevarle la virtud. Martí, más que a atacar a los delitos, llama a atacar las causas de ellos. Estas son palabras suyas: *¡Llaman justicia a esa que mata! ¡Justicia podría llamarse la que evita*⁶¹!

En consecuencia, en todo cuanto se ha expuesto hasta aquí, dos evoluciones son observables. Primero, se evoluciona de consideraciones éticas, en el alegato abolicionistas del cuaderno de apuntes, a impugnaciones de índole político-jurídica, poco después del alegato de 1871, en el propio cuaderno de apuntes, y en oportunidades posteriores. Segundo, en el alegato de 1871 el epicentro de su defensa de la *inviolabilidad de la vida humana* es la proclamación del derecho a la vida; posteriormente lo que se invoca es todo un nudo de derechos concomitantes, la configuración de una cualidad superior, por integral: la dignidad del hombre, que incluye su presupuesto: el derecho a la vida; pero que implica el acceso y beneficio de una adecuada, *necesaria y bastante* educación y el disfrute de una vida material decorosa (trabajo, alimentación, etc.).

6.- Cuestiones derivadas.

⁵⁹ *Otras crónicas de Nueva York*, p-73.

⁶⁰ *Otras crónicas de Nueva York*, p-73.

⁶¹ *O.C.*, t-13, p-247 y 248.

Ahora, la introducción de estos elementos condicionantes del *ius puniendi* en la argumentación martiana obliga a profundizar en algunas cuestiones que subyacen, por lo que implican y por su trascendencia.

Al señalar la corresponsabilidad social Martí no hace sino afianzar ese tremendo amor por el hombre, por el *desgraciado*⁶² condenado del que Martí habló, una actitud que es una especie de *otredad* que planteara Ortega y Gasset, de carácter solidaria, que obliga a profundizar en la ecuación libre albedrío-determinismo en el fenómeno criminal.

Sin dudas, no es posible determinar la responsabilidad individual derivada del delito sin adherir a ella flecos de la responsabilidad de la sociedad, para utilizar de alguna manera una expresión de Max Scheler; con quien cabría preguntarse: ¿acaso en cada culpabilidad individual no hay una especie de corresponsabilidad social?

Y si de preguntas que apuntan al mismo objetivo se trata, podríase formular todo un interrogatorio. ¿Hasta qué punto puede discernirse el juicio de reprobabilidad contra el autor y en qué grado interfiere el mundo circundante del autor del hecho? ¿Cuál es el factor, por minúsculo que sea, que desencadena la puesta en práctica de la ideación delictiva? O bien, ¿cuáles son, en verdad, los elementos coadyuvantes de la actitud de ligereza jurídico-penal o de imperdurable carencia de cautela que ha prendido la mecha del curso causal? ¿Hasta qué extremo participa personal e insobornablemente el autor del evento acaecido? ¿Es que el pesado fardo de una imputación que arrastra la privación de la vida humana puede ser soportado por esta o aquella persona, cuyo fanatismo u horripilante delito nos desvela las grietas de una personalidad disposicional o infiltrada de un dintorno modelante e imperativo en una labilidad frágil y quebradiza? ¿Quién es el que lanza la última e irreversible palabra de reprobabilidad total e inapelable ante esta o aquella “miseria humana” incurable con la tremenda gravedad de la muerte⁶³?

El libre albedrío pleno conduce a sostener que como el ser humano siempre opera libremente, es responsable de sus actos y responde a través de las penas. Esto condiciona un discurso retribucionista pleno, según el cual la pena ha de ser proporcional o equivalente al delito que se ha cometido libremente. El que ha privado de la vida, con premeditación y alevosía, merece la muerte. Sin más. Por su parte, el determinismo explica el comportamiento criminal a partir de la aportación decisiva de variados factores, obliga a

⁶² O.C., E.c., t-4, p-126.

⁶³ Cobo del Rosal, Juan, *4 penas de muerte*, 4, p-205 y 206.

atenuar las penas, en un sentido general, y a extinguir la pena de muerte, en particular. No menos.

Justamente, Martí no admitirá el determinismo de forma absoluta; ni el libre albedrío pleno. No se sometió a tal dicotomía filosófica. Martí reconoció la existencia del libre albedrío, sosteniendo que este, en dependencia de las circunstancias que rodean al individuo, se ejerce con mayor o menor estrechez⁶⁴; siendo, en algunos casos, artístico descubrir cuánta responsabilidad puede hallarse y exigirse en un individuo que delinque cegado por la incultura y la pasión. Él creía que muchos delincuentes se hallaban en un gran condicionamiento de su albedrío, aunque pudieran ejercerlo en mayor o menor medida. En consecuencia, debía exigirse la responsabilidad, aplicando una pena.

Antes de Martí, muchos doctrinarios y defensores de la pena de muerte se basaban en que esta era la reacción justa, la equitativa retribución al acto criminal del individuo. El comportamiento humano mismo plantea una gran dificultad a esta postura. Si como se sostendrá con asiento en las tesis martianas, -que son reales-, la conducta criminal es el resultado integrado y complejo de una suma de factores intervinientes, de carácter biológico, psicológico, cultural y socio-económico, y de más de una irresponsabilidad, la dinámica misma de los delitos y sus formas de expresión hacen del todo imposible la determinación del aporte concreto y efectivo que cada uno de los factores y sujetos intervinientes ha hecho para la producción del delito.

Si resulta imposible determinar el grado de libertad exacta que cada individuo ha tenido al producir el hecho criminoso, ¿cómo retribuir adecuadamente?, ¿cómo lograr la justa expiación, sin equívocos ni transgresiones de la justicia? Supondría esta posición un desconocimiento de la función que cumple el Derecho Penal. Este no tiene ni puede tener por fin la retribución ni la moralización del criminal. Su fin es mucho más reducido y práctico, posible: la defensa de la sociedad injustamente atacada. Si este es el fin del Derecho Penal, la pena de muerte es inútil para conseguirlo. Careciendo la pena de muerte de valor disuasivo -lo que será explicado en el próximo capítulo-, ¿que sentido práctico y utilitario tiene sacrificar en los altares de la justicia el bien máspreciado: la vida?

Para Martí el Estado está llamado a jugar un papel vital en la conformación de un estado general de felicidad, pero nunca mediante la coartación de la dignidad del ser humano, sino,

⁶⁴ Se viene marginado, muchas veces, desde el inicio mismo de la vida. Orwellianamente: todos somos iguales, pero unos más iguales que otros. Todos somos genéricamente iguales, por nuestra naturaleza humana; pero, al nacer, hasta la naturaleza ya es desigual, según ha sido la gestación, que está muy condicionada socialmente.

por el contrario, ensanchándola. Y de que reconoce esa personalidad estatal, pública, se halla, por ejemplo, su posición favorable a que se prestara el servicio militar obligatorio.

Era partidario del intervencionismo estatal para lograr un eficiente, justo y científico sistema de enseñanza y realizar la justicia social, y vencer la marginalidad y sus derivados. La intervención pública, procurando la felicidad colectiva o común, debía contrapesar los egoísmos de la autarquía individual. Revela el amor profundo y sincero por la vida humana y también la convicción de que se ha de tener conocimientos amplios y diversos, para conducir la sociedad de los hombres: *No se debe poner mano ligera en las cosas en que va envuelta la vida de los hombres. La vida humana es una ciencia; y hay que estudiar a raíz y en los datos especiales cada aspecto de ella. No basta ser generoso para ser reformador. Es indispensable no ser ignorante. El generoso azuza; pero el sabio resuelve*⁶⁵. Martí sostuvo que es deber de los hombres levantar a sus semejantes, y que como el ejercicio del Gobierno es la misión más alta de los hombres, sólo debía confiarse a quien amara a los hombres y entendiera su naturaleza⁶⁶.

No será Martí un contrario del Estado. Su liberalismo no lo lleva a reducir al Estado a un mero actor social. No. Martí no creía que el individuo tenía todos los derechos frente al Estado, porque sus derechos eran limitados; pero tampoco creía que el Estado debía absorber de tal manera todos los derechos que anulara al individuo. Siempre propugnador de una regla de equilibrio, el Estado debía ser *un organismo intermedio, que sujetaría con una mano el poder absorbente de la burocracia, y con la otra los desmanes de los páuperos legítimamente ofendidos. Ni Estado absorbente, ni individualismo exagerado. Que no pueda el Estado regimentar en lo interior de cada individuo porque: "Antes serían los árboles de la tierra y el cielo pavimento de los hombres, que renunciar el espíritu humano a sus placeres de creación, abarcamiento de los espíritus ajenos, pesquisas de lo desconocido, y ejercicio permanente de si propio. Si la tierra llegara a ser una comunidad inmensa no habría árbol más cuajado de fruta que de rebeldes gloriosos el patíbulo"*⁶⁷.

Ni Estado máximo, ni Estado mínimo, menguado de facultades y prerrogativas de acción positiva. Martí quería un Estado tutelar que se desarrollara flexiblemente como puente en las conflictividades humanas, profundamente respetuoso del libre albedrío de pensamiento y sentimiento de cada ciudadano, consagrado a la búsqueda de la felicidad común, despojado

⁶⁵ O.C., t-20, p-157 y 158.

⁶⁶ O.C., t-10, p-449.

⁶⁷ Álvarez Ruiz, Eladio, *El pensamiento jurídico de José Martí*, p-22 a 24.

de cualquier pretensión autoritaria; desplegador de un vasto y universal sistema de educación que dotara a cada hombre o mujer de un suficiente acervo cultural que le permita ser ciudadano útil y virtuoso.

Por último, las exigencias y planteamientos realizados por Martí en torno al *ius puniendi* son de un alcance y una relevancia tremenda, lo cual merece algunas aportaciones.

Primeramente, implican una negación de plano del derecho absoluto al ejercicio de una defensa social frente a la agresión del delito-delincuente o cualquier otra consideración que implique el sacrificio de los seres humanos en el entarimado del patíbulo.

La exigencia del vencimiento de la responsabilidad social y estatal permite reducir la criminalidad, que suele tener en la injusticia, indigencia, marginalidad e incultura su caldo de cultivo; detectar previsoramente a los individuos de franca conducta antisocial, para atenderles, y, por último, aislar a los transgresores, para, mediante aplicación de técnicas, intentar socializarlos.

Aunque esta posición martiana no era nueva, ni siquiera reciente, aunque sí minoritaria y aislada en 1871, puede ser considerada de vanguardia penal. Su referente más antiguo puede hallarse en Tomás Moro, quien en su *Utopía*, anticipándose varios siglos a la concepción positivista de los sustitutivos penales de Ferri y a la crítica al Derecho formulada por Carlos Marx, proclamó el carácter absurdo de la pena y exigió de la comunidad la adopción de precauciones oportunas para que a nadie faltaran los medios de sostén y una necesaria y adecuada educación para comportarse de forma honesta en todos los casos de la vida.

Martí no hizo otra cosa que introducir muy tempranamente un razonamiento -que entonces no era exclusivo de él- pero que sólo cien años después, a partir de la década del 60 del siglo XX, se generalizó, consolidó y pasó a ser dominante, con la transformación operada en la fisonomía de la concepción de la prevención especial, consecuencia de conocimientos pedagógico-sociales más evolucionados, que permitieron desarrollar y universalizar el concepto de resocialización. Se comenzó a plantear por la ciencia penal la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, lo que implicó el abandono definitivo del causalismo antropológico y biológico que nació y se expandió como una hiedra coetáneamente con los pronunciamientos martianos contra la pena de muerte.

La idea de la corresponsabilidad social en el delito supone la negación -en una tesis bastante radical-, de la idea de resocialización del delincuente, porque presupone que lo que

requiere de verdadera resocialización es la propia sociedad⁶⁸. Recordar que Martí sostuvo que la miseria (condicionante del delito) era un *delito público*.

Lo que introdujo Martí es de una profundidad y de un significado colosal, incluso de trascendencia. El planteamiento martiano es de lejana raíz. Arranca del racionalismo ético de Sócrates; también podría ser deudor del famoso apotegma roussoniano de que *el hombre nace bueno, la sociedad lo corrompe*. Para los años en que Martí se pronuncia, reconocer la concurrencia de diversos factores, internos y externos, intervinientes en la producción de crímenes, era una posición de avanzada. Y reconocer los factores históricos, económicos, sociales, culturales, sociológicos, -porque el crimen es más probable y posible en la misma medida en que mayor incidencia tienen en el hombre los factores determinantes⁶⁹: la incultura, la miseria, etc.-, era una posición vanguardista.

Martí logró descubrir en el ser humano, en su conducta, los márgenes de *inocencia* que concurren por responsabilidad extraña, junto a los márgenes de culpa y responsabilidad propia. Esto es vital para la necesaria y obligada valoración que en cada caso se ha de hacer para producir el resultado judicial, y antes, para producir las leyes y reglar las penas que han de regir. El planteamiento martiano permite relativizar la responsabilidad del sujeto comisor, contextualizar su conducta y explicarla de acuerdo con su medio y su realidad condicionante, en toda la complejidad que posee y no en una unilateralidad engañosa e injusta.

A las sociedades le cuesta mucho esfuerzo, en el presupuesto de que lo logren, captar su coresponsabilidad en el crimen. Cuando un crimen alevoso y espeluznante ocurre, la opinión unánime o casi unánime se pronuncia de inmediato por la aplicación de la pena de muerte o de una reclusión de muy larga duración. Salvo una circunstancia fortuita o excepcional, la sociedad nunca llega a sentirse coresponsable del crimen y expresarse en términos menos severos.

A probarlo viene el caso de Carl Chessman, en los Estados Unidos. Él fue condenado a muerte por una acusación probada de secuestro, violación y asesinato. Mientras tenían lugar los demorados recursos de apelación y los festinados esfuerzos por evitarle la ejecución, que fue una historia de muchos años, Chessmann asombró a todos -quizá a él mismo- por su capacidad de escribir libros autobiográficos. Sus libros, en los que aparecía la triste

⁶⁸ Sobre este particular puede consultarse la obra de Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal*, p-52.

⁶⁹ Que junto a los propios de la persona, genéticos, psicológicos, formativos, intervienen en la determinación de los actos humanos.

historia de su vida, la miseria y las brutalidades de su existencia, fueron pasto para un público, por lo común indiferente a esos mismos fenómenos sociales, pero ávido de historias espectaculares. Las autobiografías de un condenado a muerte fueron un suceso editorial extraordinario. Yo mismo he leído sus libros. A la mayoría de los lectores les ocurrió que comenzaron a solidarizarse con aquel hombre, con la historia que se escondía detrás del secuestro, la violación y el asesinato que desencadenaron el drama judicial. Los norteamericanos comenzaron a sentirse responsables del crimen y fueron en aumento las peticiones de perdón para el asesino. El clamor de perdón fue general, y casi que universal, pues el caso traspasó las fronteras de la Unión. Carl Chessmann, sin embargo, fue ejecutado

Mejor suerte, en curioso o trágico paralelismo, tuvo uno de los cuentistas y novelistas más extraños y extraordinarios del siglo XX cubano, Carlos Montenegro, condenado a una larga pena de cárcel por matar a una mujer. En la prisión escribió una novela estremecedora, *Hombres sin mujer*, que es la fiel fotografía de lo degradantes que son las cárceles. La novela ganó un premio literario y el recluso el favor de la opinión pública que presionó por su liberación. Carlos Montenegro fue indultado y se reintegró a la vida social.

Lo irónico es que decenas de millones de individuos de todos los confines del mundo, que han sido *hombres sin mujer*, por no haber escrito *Hombres sin mujer* o por la ignorancia que no les permite escribir siquiera una carta explicando su drama, las raíces de sus crímenes, fueron o son ignorados por sociedades acostumbradas a ignorar las causas cuando el crimen está hecho.

Como sea, al hacer el reconocimiento de los determinantes criminológicos y proyectarse por reducir los atributos punitivos del coresponsable criminal, -la sociedad-, Martí se colocó en una vanguardia criminológica: lejos de la concepción del criminal nato, del criminal incorregible, etc; aproximándose considerablemente a la doctrina de la sociología criminal, de acuerdo con la valoración de Leopoldo Horrego Estuch: *En el delito veía más que al hombre, al ciudadano. Se producía prácticamente por la sociología criminal, al valorar el delito, por sobre todo, como un hecho social, por la influencia de los factores del medio - sociales, económicos y físicos-, condicionadores de la conducta individual. Al elemento social le daba más importancia que al antropológico*⁷⁰.

Aquí los puntos de encuentro de Martí son variados, como variados y numerosos son los autores que coetánea o posteriormente hicieron pronunciamientos similares. Por ejemplo, lo

que dice Martí, coincide con la concepción de los dos grupos de condiciones presentes en el delito, que años después -y no antes-, hizo un autor de la ascendencia doctrinal de Frank von Litz: de un lado, las propias del sujeto comisario, y, del otro lado, las derivadas de las condiciones exteriores: físicas y sociales, especialmente económicas.

El fondo del planteamiento martiano es exigir de la política criminal un sentido y finalidad social; excluyente de los instrumentos punitivos si por medio de otros evitadores del carácter sancionador o de penas menos graves puede esperarse la cosecha de iguales o mejores resultados. Martí excluye cualquier manera de exigencia jurídico-penal de carácter retributiva. Los delitos no han de ser minimizados en su impacto social, pero tampoco ha de maximizarse el rigor sancionador, y menos con el recurso de la pena de muerte. Por este camino limitativo del derecho penal, Martí coincide con lo que mucho después sostuvo Roxin⁷¹ en el sentido de que la pena sólo se justifica donde la conducta haya afectado insoportablemente la convivencia social -los bienes jurídicos fundamentales- y no existan otras formas jurídicas menos graves de enfrentarlo. O sea, limitar las penas a las estrictamente necesarias.

Finalmente, Martí no desarrolló *in extremis* su tesis de la corresponsabilidad social-estatal, pero sí sostuvo con claridad la exigencia condicional del vencimiento del deber preventivo como medio eficaz de control-neutralización de la criminalidad, e impugnó la pena de muerte en manos del Estado irresponsable, social y pedagógicamente. Pero no se limitó a ello, porque su impugnación alcanzó también los supuestos en que el Estado hubiese vencido estos deberes. En este caso, los argumentos, por supuesto, serán otros. Basta un enunciado martiano, donde se conjugan ambos extremos, como anticipo: *La medida de la responsabilidad está en lo extenso de la educación: y cuando se sea responsable de todo, todavía no se es responsable de haber nacido hombre, y de obrar conforme a lo que aún existe de fiero y de terrible en nuestra naturaleza*⁷².

Antes de adentrarnos en ese nuevo mundo del abolicionismo martiano, han de ser abordados otros argumentos suyos, íntimamente relacionados con todo lo anterior.

⁷⁰ Martí. *Su pensamiento jurídico*, p-127 y 128.

⁷¹ Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p-100.

⁷² O.C., E.c., t-3, p-118.