

to se puede calcular cuál ha sido la influencia de la nueva religion sobre el derecho penal; influencia que Mittermaier considera bajo aspectos distintos, impotente en tiempo de Constantino, contra el abuso desenfrenado de la pena de muerte y de toda clase de suplicios, y al contrario, benéfica algunos siglos despues, modificando con sus instituciones la barbarie de las leyes penales. Es cierto que ella predicaba como la Biblia la idea de un Dios que ama á los hombres como á sus hijos y que quiere su salvacion; que algunos de sus doctores condenaban los combates de gladiadores y la tortura; que contra la pena de muerte se pronunció una desicion canónica; que los que buscaban un asilo en las ciudades de refugio cuya institucion reconoce por origen la ley de Moisés, ú otros bastante ricos para lograr el rescate de sus crímenes estaban al abrigo de la pena; pero la doctrina que la nueva religion hizo prevalecer, fué la de la espiacion por medio del castigo, y mientras que el mosaismo con respecto al cual Mittermaier acepta preocupaciones vulgares, llega á eliminar la pena de muerte proclamando por boca de sus doctores que el que ayuda á conservar la vida de un hombre, tiene el mismo mérito que el *“que hubiera ayudado á conservar el mundo entero; y que al contrario, aquel que dejó destruir una vida cualquiera, es responsable de ella como si hubiera contribuido á la pérdida de todo el género humano; que un sanherin que pronuncia una sentencia de muerte cada siete años, ó segun un doctor cada setenta, debe reputarse sanguinario;”* mientras P. Akiba y R. Tarplin agregaban: *“si hubiéramos pertenecido al Sanherin, jamás habríamos pronunciado una sentencia capital;”* mientras el mosaismo organiza un procedimiento segun el cual el crimen debia haber tenido dos castigos que advirtieran al criminal la pena á qué se esponia al cometerlo, y que sometia la composicion del tribunal y el modo de juzgar á innumerables garantías, la iglesia justifica por su doctrina un rigor penal en el cual no ha retrocedido: su historia, y la Inquisicion no es mas que un episodio

de esta, en un libro notable y enteramente nuevo, de Aquiles de Lorme, *La Iglesia unida al Estado*, es edificante á este respecto.

Del derecho antiguo se ha deducido otra teoría; la de la utilidad social, que no es por cierto mas que una expresion distinta de la teoría de la intimidacion por medio del castigo. Tiene por fundamento la necesidad de obrar sobre la voluntad del hombre, por el temor de un mal superior á las ventajas del crimen, poniendo al criminal en estado de no dañar á la sociedad, previniendo así nuevos crímenes. Sin duda restringe de ese modo el campo de la penalidad mucho mas que la teoría de la justicia. No va mas allá de este mundo á pedir á la Providencia el impenetrable secreto de la eterna justicia para convertirle en la ley de las relaciones entre los hombres, y darle por sancion todo el aparato de la penalidad; sino que en la esfera mas limitada en que ejerce su accion erige en leyes todos los caprichos de la fuerza y considera buenos todos los medios para satisfacerlos. La salvacion de la sociedad viene á ser la ley suprema, y son lejitimos todos los excesos de la ley penal. La pena de muerte es un mal útil á la sociedad, luego es lejitima, y la sociedad tiene el derecho de aplicarla siempre, si tal es su interés.

Sin embargo, se encuentran partidarios de la teoría de lo útil que buscando con Benthan la identidad de la justicia y del interés social, se inclinan á la moderacion de las penas y aun á la abolicion de la capital. En su aplicacion esta era una modificacion de la teoría de lo útil, pero la lógica la rechaza, y la subordinacion de la justicia al interés social no daba ningun punto de apoyo sólido á la reforma penal.

En el siglo XVIII, desde Beccaria hasta Rossi, se encuentran divididos los escritores entre dos doctrinas: la una apoyando la ley penal sobre la utilidad general, en tanto que esté de acuerdo con la ley moral; la otra, admitiendo la ley moral como principio de la ley penal, y

dándole por límite la utilidad general. Estas doctrinas no tienen, según sus defensores, nada de inconciliables con la legitimidad de la pena de muerte, y la defienden resueltamente.

M. Mittermaier da á su doctrina una fórmula simple y precisa: deriva el derecho de castigar del deber impuesto á la sociedad de fundar y proteger el derecho: la pena es legítima como sancion del derecho: su objeto es corregir al culpable; prevenir otros crímenes y proteger la seguridad pública. Su naturaleza está también determinada: todo derecho que provenga del Estado ó esté colocado bajo su protección legal puede ser restringido ó suprimido por la pena; pero la supresion de la vida es un género de pena que no pertenece al Estado. "La vida," dice el autor, en un favor de la Divinidad y la condición del desarrollo moral del hombre. Su duración está fijada por Dios; toda pena que atente contra la voluntad divina, quitando la existencia al hombre es ilegítima."

M. Mittermaier, proclama pues, la inviolabilidad de la vida humana: el hombre que no ha dado la vida, no puede quitársela á su semejante. La sociedad puede menoscabar solamente los derechos que el hombre tiene de ella ó los que ella protege.

IV.

Examinemos esta doctrina.

Si la sociedad no debe atentar contra los derechos que no dimanen de ella, en vano se busca el poder que tenga sobre el hombre. Los derechos que constituyen su ser jurídico son inherentes á su naturaleza misma. Los derechos del hombre no han sido creados por la sociedad, ella está instituida para garantizarlos y si no debe menoscabarlos porque no los ha creado, puede desarmarle contra los abusos de la libertad humana. Permitiéndole,

por el contrario, suprimir ó restringir los derechos que están colocados bajo su protección, tiene ella el mismo poder sobre la vida del hombre que sobre su libertad, supuesto que protege igualmente la una que la otra?

La vida es sin duda el mas inviolable de los derechos del hombre, porque es la base de todos los demas. ¿Quién podrá negarnos la propiedad de nuestra existencia? Pero si bien es cierto que todos los derechos son inviolables, también lo es el que todos tienen un límite, el derecho de otro. Si todos los derechos pueden ser disminuidos ó suprimidos, ¿qué vendría á ser la inviolabilidad de la existencia que equivale al fundamento de los demas derechos?

¿Por qué no se permite al hombre el atentar contra ellos? Si se necesita para salvar la vida del hombre honrado, hacer perecer al malhechor, ¿cómo afirmar entonces la inviolabilidad de la vida humana? Ella cesa fatalmente por el uno ó por el otro.

¿Quién negaría al individuo atacado ó amenazado por la mano de un agresor, el derecho de matarle? Este es el derecho de legítima defensa, y él existe tanto para los pueblos, como para los individuos. Se le podría negar á los pueblos el derecho de repeler la fuerza con la fuerza; y de llevar la muerte á las filas de sus enemigos? La inviolabilidad de la vida humana cede al derecho de legítima defensa; es necesario saber por qué no se identifica con el derecho de castigar.

La pena de muerte debe ser pues, considerada en sus relaciones con la teoría de la pena. Según M. Mittermaier, la pena es un medio de proteger el derecho contra el hombre que no sabe respetarlo. Obra por la fuerza y ésta es legítima cuando es necesaria para la protección del derecho. Pero la fuerza, es un mal tanto para el hombre que la sufre, como para la sociedad que la ejerce, pues que ella ataca la plenitud de la libertad, que es la condición natural del desarrollo de los individuos, y por garantía de la cual la sociedad existe: también la so-

ciudad debe usar con sentimiento de la pena y esforzarse en reglamentarla de una manera que pueda ser útil. Es decir, que la pena debe servir como un medio de enseñar á respetar el derecho á aquel que lo ha violado, devolviéndole en cambio, bajo la autoridad de la ley moral, la dignidad de ser libre; si es cierto que el ideal de una sociedad civilizada es la armonía de los derechos apoyada por la voluntad libre é ilustrada de los individuos, la pena que sirve con todos los elementos de la organización social, no á contrariar, sino á desarrollar este estado de civilización, no es la única y verdaderamente legítima?

La naturaleza de la pena está indicada por sí misma. No es volver mal por mal, no es la sensación brutal del dolor impuesta al hombre que ha hecho sufrir á su semejante, no es la degradación por la vergüenza, ó la humillación por el sufrimiento, ni el sacrificio del individuo á la sociedad ó á la Divinidad. Se vé en un sistema penal que procura reproducir la naturaleza de la pena del mal causado por el delincuente á su semejante, una lucha de ferocidad en que se deplora ver triunfar á la sociedad.

Las miras de la sociedad no son las de los criminales. Su poder no debe manifestarse por la destrucción, su ley, es facilitar á cada uno su destino en este mundo, interesándose en la salud del hombre mas profundamente pervertido que no debe serle indiferente, y, lejos de desesperar, debe ayudarle á levantarse, á regenerarse.

Por otra parte, ¿hay un ejemplo mas provechoso para los hombres que el de la sociedad respetando á un ser humano en el mas envilecido de los hombres, luchando contra sus malas pasiones, y haciendo renacer en su conciencia el sentimiento del deber que habia perdido?

La pena debe ser, pues, para el hombre el instrumento de su regeneración: esta teoría no hace desaparecer el mal inherente á la pena, busca por el contrario, la relación exacta entre la pena y el delito, rechaza todo

exceso de debilidad así como de rigor; no quiere ni la pena atenuada al grado de escusar á los culpables del sufrimiento necesario á las almas depravadas para arrancarlos de la seducción del mal y hacerles buscar el verdadero bien en los horizontes de la vida moral; ni la pena violenta al grado de gastar con ellos todos los resortes de la sensibilidad y endurecerlos en el crimen; no sacrifica ni á las gentes honradas por una ternura injusta hácia á los culpables, ni á estos con no sé que necesidad de justicia que desconoce en ellos los derechos de la humanidad. En lo que se distingue de las demás teorías, es en que, queriendo hacer servir la pena para mejorar al culpable, repudia toda pena que le es contraria.

Todo el antiguo sistema penal está condenado por esto mismo. La marca, la mutilación, el tormento, todas las penas que mortificaban el cuerpo, y absorbían al hombre en el sufrimiento, dejando á su alma muerta para toda impresión moral, debían desaparecer. Su ilegitimidad no deja ninguna duda, si la teoría que quiere la mejora de los sentenciados es verdadera.

La pena de muerte no pertenece al mismo orden de penalidades. "Es cierto que no tiene hoy todos los suplicios de que estaba acompañada antiguamente: la crucifixión, la exposición á las bestias, el fuego, el empalamiento y el descuartizamiento, han sido rechazados por nuestras costumbres como el refinamiento de una crueldad abominable; se le evita al ajusticiado todo sufrimiento inútil; se ve en ciertos países, hasta suprimir el aparato del suplicio, que acaba misteriosamente en un rincón oscuro de la prisión. La pena de muerte así modificada será legítima, cuando la marca, la mutilación, el martirio y todas las penas corporales no lo son? Si estas penas están condenadas porque hacen sufrir inútilmente; porque depravan y embrutecen al desgraciado que las sufre, porque perjudican en lugar de servir á la regeneración moral, cómo admitir lo que superando á todas llega hasta el aniquilamiento de su ser? La

pena de muerte no es ya como cualquiera otra una contradiccion violenta con la teoría sobre la pena? Una de dos, ó la teoría no es rigurosamente verdadera, y nos queda el derecho de restautar todo el sistema penal antiguo; ó es preciso respetarla, y entonces la supresion de la pena de muerte es necesaria.

Se quiere una escepcion para esta pena; cuál es el motivo? No debe procurarse la reforma de los criminales que incurren en ella así como la de los demas? Ellos no son fatalmente incorregibles, la experiencia lo ha probado. M. Mittermaier cita gran número de criminales que, indultados despues de sentenciados á muerte, se han enmendado completamente en la prision y aún han dado pruebas de una virtud ejemplar. Si pues los famosos criminales son susceptibles de enmienda, es preciso dejarlos vivir, y un motivo de excepcion á la teoría no aparece aún.

Pero habiendo criminales incorregibles, cómo distinguirlos de los otros? Por la gravedad de su delito: este es un medio de apreciacion que no tiene nada de cierto. Y aún cuando se pudiera afirmar que algunos criminales son incorregibles, de que sirve el matarlos? Si es verdad que toda pena es ilegítima si no es aplicada en la medida en que es rigurosamente necesaria á la proteccion del derecho, cómo es que el último suplicio puede ser legítimo?

No basta con que los terribles criminales, dispuestos á renovar sus crímenes, pierdan para siempre su libertad? para ellos se han inventado las penas perpetuas: separados para siempre de la sociedad por los muros intraspasables de una prision, habria tan poco que temer de ellos como si hubieran dejado de existir, y en lo de adelante impotentes para el mal, la conservacion de la vida no les dejaria sino el poder de enmendarse. Es posible asegurar que con un régimen penitenciario bien organizado, en nuestro estado social en que el progreso se manifiesta eliminando progresivamente los padecimientos de

este mundo, la seguridad demandada en los tiempos bárbaros, á los suplicios mas atroces, la pena de muerte viene á ser inútil y por lo tanto ilegítima.

Pero sus defensores consideran su necesidad bajo otro aspecto. Admiten que una pena perpetua protege á la sociedad contra el culpable, y contra aquellos que están inclinados á imitarles; es preciso desanimarlos con una pena mas terrible que ninguna otra perpetua. La pena capital tiene solo este poder: es pues necesaria.

La necesidad comprendida así implica una teoría penal muy diferente de la que, considerando la pena como un medio de mantener la igualdad de los derechos entre los individuos, no permite quitar al derecho de uno mas de lo que rigurosamente es necesario al derecho de otro. El objeto de la pena no es el culpable mismo; no se inquiere por saber cual es el efecto producido por la pena; si es suficiente para su castigo ó para su enmienda, poco importa; lo esencial es que sirva para escarmiento de los demas.

Si fuera permitido dar á la pena, para hacerla ejemplar mas de lo justamente necesario para la proteccion de la sociedad contra el culpable, la pena no tendria límites, pues no habria rigor que dejara de ser legítimo para prevenir los crímenes; el sacrificio del culpable seria necesario al interés social é iriamos á dar á la teoría de la intimidacion.

La pena es necesariamente ejemplar, pero es como la aplicacion de una ley general que gobierna á todos los hombres y que amenaza igualmente á todos los delinquentes. El escarmiento es uno de los efectos de la pena; pero no debe ser nunca la medida.

Segun la teoría de la pena contra el culpable mismo, es preciso probar la necesidad de la pena de muerte, y esta prueba es imposible, supuesto que una pena perpetua da á la sociedad contra él la misma garantía de seguridad. No es, pues, exacto que la pena de muerte sea necesaria, y por lo mismo no es legítima.

Concluiremos diciendo que es preciso repudiarla, no porque el derecho del individuo á la existencia sea superior al derecho que tiene la sociedad de proteger á sus miembros, si no porque esta proteccion no justifica lógicamente esa pena.

Por haber comprendido mal la idea de la necesidad, y colocado bajo su abrigo toda especie de preocupaciones tomadas de las teorías penales anticuadas, es por lo que escritores muy eminentes han creído en la legitimidad de la pena: analizad sus argumentos, y descubriréis que ellos la defienden como defenderian en otro tiempo las penas corporales, el tormento, etc. afirmando que son útiles é indispensables para el bien de la sociedad: adversarios de la teoría de la utilidad, la invocan para defender el último suplicio, cometiendo una contradiccion que ni ellos mismos se esplican.

Prefieren mejor resignarse á esa contradiccion que renunciar á la única pena que puede reprimir á los grandes criminales. Su abolicion, dicen, seria fatalmente seguida de una recrudescencia de crímenes, á la cual seria temerario esponer á la sociedad. Pero la esperiencia ha probado lo contrario: la pena capital ha sido abolida parcialmente en ciertos países, totalmente en otros, y la estadística, analizada con el mayor cuidado por M. Mittermaier, prueba que el número de crímenes castigados en otro tiempo con la muerte no se ha aumentado en ninguno de esos lugares. La eficacia de la pena desmentida por este hecho, lo es todavía mas por otros muchos, y M. Mittermaier no descuida ninguno de ellos; suponiendo con razon que el medio mas apropiado de hacer triunfar la abolicion de la pena de muerte ante la opinion pública, es el de probar con la esperiencia la ineficacia de ella.

Aun hay mas: á la ineficacia de esta pena se debe agregar sus numerosos inconvenientes, y estos inconvenientes están donde un exámen superficial imagina descubrir las ventajas. Se quiere asegurar el respeto á la vida

humana, y se desprecia su inviolabilidad: se quiere inspirar al pueblo el horror á la sangre y se le muestra derramada por la mano del verdugo: se quiere llegar á la verdadera represion penal, y se les exige á los depositarios de la justicia, á los jueces y á los jurados la aplicacion de una pena cuya legitimidad es dudosa para unos y cuyo rigor horroriza á otros. ¿Qué diremos, por último, del peligro de una pena irreparable, cuando la justicia está espuesta por la falibilidad humana á incesantes errores? De todos los inconvenientes de la pena, tan bien analizados y tan bien probados por innumerables hechos este no es por cierto el menor, y M. Mittermaier tiene razon en insistir en él frecuentemente.

En su libro se ocupa de la narracion de dos errores judiciales cometidos y reparados por los tribunales franceses, en 1863, que no han sido los últimos. Este año, en Inglaterra, un desgraciado italiano, Pelizzoni, fué sentenciado á la pena capital por un homicidio que no habia cometido: ya en camino para el cadalso debió su salvacion al sacrificio de un compatriota, que presenciando el error del jurado resolvió con valor descubrir la prueba: la buscó y logró encontrarla, se apoderó del verdadero culpable, lo llevó ante los jueces, lo obligó á confesar su crimen, y el inocente quedó salvado. La abolicion de la última pena es el único remedio contra este peligro: se llega á la misma conclusion, ya sea examinando la pena de muerte en sus relaciones con la teoría del castigo, ó ya sea juzgando sus efectos con los datos que ministra la esperiencia.

En lo sucesivo á nadie será lícito reelegar la abolicion de la pena entre las concepciones puramente teóricas de una filosofía á la cual repugna el sentido práctico del legislador. El mérito del libro de M. Mittermaier es el de haber probado la necesidad de abolir el suplicio con un conjunto de hechos que hasta ahora ningun publicista ha reunido al tratar de esta cuestion. Ha llegado el momento de proclamar la inviolabilidad de la vida huma-

na, y M. Mittermaier aconseja á los hombres de Estado que la proclaman, no cedan al impulso irreflexivo é imprudente de la opinion pública, sino que por el contrario, sigan el movimiento regular de la civilizacion, que no tolera ya el régimen penal de los antiguos tiempos; pues es bien sabido que mitigando las penas se garantiza mejor la seguridad pública.

¡Ojalá y esta doctrina aproveche á la Francia y la conduzca á sus tradiciones, recordando los debates de las grandes asambleas revolucionarias, los trabajos de sus publicistas los señores Bérenger, Lúcas y otros igualmente sábios, las reformas sucesivas de las leyes penales, el decreto del gobierno provisorio de 1848. Aboliendo la pena de muerte en materia política, parecia designada esa nacion como la primera entre los grandes Estados de Europa que conquistaria esta importante reforma! Si aun está léjos de alcanzarse, sí se puede afirmar que la opinion pública está declarada á su favor, y que el libro de M. Mittermaier será acogido con merecida aprobacion.

N. LEVEN.

PREFACIO.

Es indudable que las ciencias naturales, y sobre todo la medicina, deben en gran parte sus importantes progresos á su nuevo método. Este consiste, en hacer con cuidado un conjunto de observaciones y esperiencias que nos enseñan á conocer bien á la naturaleza y la fuerza que ella oculta.

Seria conveniente proceder de la misma manera en materia penal; investigar el valor de cada pena, en el conjunto del sistema: interrogar á la esperiencia, para conocer la verdadera naturaleza y los efectos de la pena y así se llegaria á colocar la legislacion penal en relacion con las necesidades, y con el estado de la civilizacion, para hacerla producir los mejores resultados.

El autor de este libro ha consagrado una larga série de años al estudio de las esperiencias hechas sobre diferentes sistemas penitenciarios, para escojer de entre ellos el mejor. Aplicando el mismo método á sus estudios sobre la pena de muerte, ha seguido con atencion en la historia el desarrollo de este castigo: ha consultado á la esperiencia sobre los efectos producidos, tanto por su aplicacion como por su existencia, para llegar á ventilar su legitimidad, y la necesidad de elegir otras penas mas útiles al Estado, con el objeto de evitar los peligros que esta produce en el órden social.

Este libro es el fruto de cincuenta años de estudio: contiene, ademas del conjunto de hechos de incontestable exactitud recojidos por el autor mismo, ó por personas bien colocadas para sus útiles observaciones, los resultados precisos de la estadística, y los de la legislacion en los países en que está abolida la pena capital.

En el concepto del autor, las instituciones para que se

puedan reputar como buenas en la época presente, deben estar fundadas en la razon y no cree que la antigüedad de ellas sea un motivo para considerarlas como legítimas. Las ideas que han hecho admitir la legitimidad de la última pena no tienen valor, y este castigo, repudiado por los progresos de la civilizacion no tiene rasonde ser.

En todos los países la mayor parte de las sentencias capitales no se ejecutan: muchos hombres distinguidos por su experiencia y por su talento se revelan contra el patíbulo, y su número va aumentando rápidamente; por último, en todas partes en donde la pena de muerte se ha abolido, el número de crímenes no se ha multiplicado. He aquí los hechos que vamos á establecer en este libro; una persona instruida que se ocupe de la legislacion penal, debe ver ante todo, en presencia de los hechos constantes en esta obra, que es tiempo de trabajar en el establecimiento de un sistema penitenciario que tienda al mejoramiento de los criminales. Uno de los criminalistas franceses mas distinguidos, Molinier, acaba de publicar un libro: *De la pena de muerte, de las pruebas en materia criminal*. El autor examina en él la cuestion con suma imparcialidad, y deseando que sea tratada con toda madurez se espresa en estos términos: "Que se someta á la prueba el establecimiento del sistema penitenciario, que se observen los resultados que produzca, y entonces, si se reconoce que es temido y que su poder de intimidacion protege suficientemente á la sociedad se verá que la pena de muerte desaparecer por sí sola."

Por mucho tiempo se consideraron como indispensables la tortura y las mutilaciones; estos y otros suplicios han desaparecido merced á los progresos de la civilizacion y de la moral. De la misma manera tendrá que desaparecer la pena de muerte.

MITTERMAIER.

I.

La pena de muerte considerada en sus relaciones
con el desarrollo de las ideas sobre la naturaleza de la pena.

El principio de la opinion que admite las relaciones íntimas del derecho penal con las ideas religiosas y morales, con el estado social y político de un pueblo, aparece evidentemente en la divergencia de ideas sobre la pena de muerte entre los diferentes pueblos, y aún en las diferentes edades de un mismo pueblo. Así es que, la legislacion penal no tiene una autoridad verdadera sino con la condicion de satisfacer á la mayoría de los hombres ilustrados de una nacion, y de comprender las disposiciones sobre la estension del derecho penal, sobre el género de penalidades, sobre su aplicacion, conforme con los progresos de la civilizacion. La historia nos enseña que cada pueblo tiene sus ideas particulares sobre el sistema penal: tal pena que un pueblo vulgar ó rústico aceptaba ó sufría tranquilamente en un estado de civilizacion inferior, debe desaparecer ante el poder de la opinion pública, cuando está condenada por los hombres que tienen una autoridad legítima sobre el pueblo que se ha civilizado. Mientras que una parte de las reglas penales decansa en las leyes eternas de la justicia, otra, la mayor, encuentra su rason de ser en el estado de un