

gran divergencia de opiniones sobre la naturaleza del derecho de la guerra: la mayoría no había visto en esto sino la guerra con el enemigo exterior.

La necesidad dá derecho de condenar á muerte al soldado que se pasa al enemigo antes de entrar en batalla, haciéndose culpable de traición ó de espionaje; por otra parte la pena de prision es en este caso impracticable (1). Se puede admitir también que el estado de guerra, legalmente proclamado en el interior de un país, dá derecho de matar á los que se oponen con las armas en la mano al restablecimiento del orden; pero este derecho no sobrevive al estado de guerra, y la pena de muerte contra los prisioneros de guerra es ilegítima (2).

1. El código militar de Oldenburgo, promulgado el 7 de Setiembre de 1861, castiga de muerte ciertos crímenes cometidos por militares (arts. 45, 49 y 58), y sin embargo la pena capital está abolida en este país; pero á menudo esta pena no está prescrita de una manera absoluta.

2. Mi artículo en los *Archivos del derecho criminal*, 1849, p. 67.

## XVI.

De las investigaciones y de las experiencias favorables a la supresion de la pena de muerte.

Hace treinta años que la mayor parte de las legislaciones aplicaban la pena de muerte á crímenes, que ningún legislador en la actualidad, piensa en castigar tan cruelmente, y nos avergonzamos de la barbarie de las leyes que conducian á tantos millares de hombres al cadalso. No es esta una fuerte presuncion contra la conservacion de la pena de muerte? (1)

Cada dia se presentan nuevos motivos de graves reflexiones sobre esta materia. Encontramos entre los adversarios de la pena de muerte, no puros teóricos juzgando al mundo en sus gabinetes con sus preocupaciones, enemigos del orden social dispuestos á trastornarlo, ó buscando en la abolicion de la pena de muerte un medio de sustrarse de ella, ellos y sus partidarios, sino que los hombres mas eminentes de todos los países aplicados á la mejora de la ley penal y á la del régimen peniten-

1. Excelentes reflexiones en el Ambrosali, *sul Codice penale italiano*, p. 31.

ciario, como en Inglaterra (1). Recientemente en Baviera, dos hombres de una grande autoridad y de una grande esperiencia (2), en Prusia, un hombre tan distinguido por su rango, por su saber así como por su esperiencia (3), se han pronunciado contra la pena de muerte y el Lord Canciller de Irlanda, ha declarado al congreso que la inviolabilidad de la vida humana es de día en día mejor comprendida, y que el legislador comete un crimen manteniendo sin necesidad la pena de muerte (4). La historia enseña [párrafo 1º] que ella era reputada como legitima en la antigüedad por tres razones diferentes: 1ª porque era impuesta por la voluntad divina como un medio para hacer expiar los crímenes que la habian ofendido; 2ª porque se apoyaba en la ley del talion, sacada del derecho de la venganza; 3ª porque se creia en la necesidad de ella y con todo el poder de intimidacion para prevenir los crímenes.

La antigüedad ha legado estas teorías á los pueblos germánicos; pero la historia enseña tambien que no sobreviven á un estado de civilizacion en que el legislador respeta un ser moral en el hombre. La historia atestigua igualmente la poderosa influencia del cristianismo. Este es el que ha difundido la idea sublime de un Dios de amor, quien no quiere la muerte del pecador, y recomienda al legislador la mejora del culpable como

1. Hemos citado antes, p. 23, entre los hombres que no creen en la necesidad de la pena de muerte, á los prácticos mas eminentes de Inglaterra, y aún los magistrados de la suprema Corte. Véase la p. 23, nota 3.ª

2. El conde Reigersberg, último presidente de la Suprema Corte del imperio germánico, por mucho tiempo ministro de justicia en Baviera, y Arnold, presidente de la corte de apelacion, en una larga época.

3. El presidente del tribunal superior, M. Borneman, jurisculto tan notable por su saber como por su esperiencia en el *Boletín del ministerio de justicia*, 1848, p. 253.

4. Espresó esta opinion en 1858, en el congreso de Glasgow. Véanse las *transactions of the national society for promoting social science*, 1858, p. 49.

un deber esencial. Está científicamente demostrado [párrafo 5], que ninguna teoría del derecho penal ha establecido la legitimidad de la pena de muerte: esta penalidad no tiene en la ciencia ningun punto de apoyo. Se ha defendido en las asambleas legislativas con las razones mas fútiles y desesperando de la causa por el derecho de la necesidad. Se vé, por esto, cuán difícil es de defenderse, y por el contrario de día en día mas enérgicamente es atacada. Cada año disminuye el número de crímenes castigados de muerte, y se aumenta el de los sentenciados que obtienen indulto (párrafo 8). La esperiencia demuestra tambien que por lo comun, el número de los grandes crímenes, se aumenta en los países donde la pena de muerte se prodiga y no en aquellos donde es suprimida ó limitada. No se puede, ciertamente, admitir un gran número de argumentos dados por los escritores enemigos de ella, y se tiene razon en combatirlos. Sostener por ejemplo, que los hombres al entrar en el estado social no pueden, ó no quieren dar al Estado ningun derecho sobre su existencia, es admitir la idea falsa de un estado natural y de un contrato social. No es suficiente mostrar que la pena de muerte tiene algunos inconvenientes para probar la ilegitimidad de ella (1).

Es preciso circunscribir la cuestión á dos puntos de vista esenciales: 1º la pena es legítima? 2º es útil? Estas dos ideas difieren, es verdad; pero tienen puntos de contacto. Aquí la pena deja de ser legítima desde que cesa de ser necesaria y de que en lugar de producir el efecto deseado, tiene numerosos inconvenientes.

I. Para decidir si la pena es legítima, es preciso in-

1. Estos errores son refutados por Albini, *Della pena di morte*, p. 18 Boeresco, p. 348; Ortolan, *Elementos*, p. 605; Best, en los *Papers of the juridical society*, p. 401; Gabelli, en el *Monitore dei tribunali*, 1861, p. 227.

investigar: 1º si es conforme á la naturaleza y al objeto de la ley penal: 2º si llena las condiciones que hacen una penalidad admisible.

1º Colocamos al principio la ilegitimidad de la accion penal que superando los límites de este mundo, invade el dominio de la Providencia y pretende cumplir la voluntad divina. El legislador que recurre á la pena de muerte, usurpa el poder de Dios, único dueño de la vida humana: impide al hombre la facultad de mejorarse y hacerse por un arrepentimiento sincero, digno de la vida celeste, y confisca los derechos que pertenecen no al ciudadano, sino al hombre. Se quiere decir que el Estado, protector del derecho de los ciudadanos, puede, en definitiva, privar de la proteccion legal á todo individuo que comete por un gran crimen un atentado contra el orden social? De esto, á tener derecho para matar, hay una gran diferencia (1). El legislador tendria acaso, como en la antigüedad, el derecho de poner al criminal fuera de la ley, de arrojarlo de la sociedad, ó como en la ley germánica el derecho de tratar al criminal como proscrito, privado de la proteccion legal; pero no se llega de esta manera á probar la legitimidad de la pena de muerte. Semejante sistema seria bueno, cuando mas, para un pueblo poco civilizado aún, pero antipático en el estado en que se encuentra la sociedad. Esta pena es sobre todo contraria al objeto verdadero de la penalidad respecto de un criminal que dá, no en sus últimas horas de desesperacion despues de la sentencia, sino inmediatamente despues de su crimen, pruebas incontestables de su arrepentimiento y de su mejora. La hora del crimen es frecuentemente el punto de partida de un cambio en el estado moral del criminal: el crimen le muestra abiertamente el abismo á que sus malas costumbres

1. Véase una excelente demostracion de este asunto en el Poletti, *Diritto di punire e la tutela penale*, p. 336.

lo han arrastrado [1]. Qué cosa mas contraria al objeto de la pena que su aplicacion á jóvenes que apenas han pasado á la edad en que la responsabilidad legal es completa? Un menor es relevado de la obligacion comercial que acaba de contraer; pero si comete un crimen, se le envia al buen Dios como una letra de cargo protestada [2].

2º La legitimidad de la pena de muerte tiene tambien contra ella al cristianismo (3). Nuestros Estados que se congratulan tan frecuentemente de ser cristianos, podrian dificilmente conciliar el uso de esta pena con las nobles lecciones de los padres de la Iglesia, con las predicaciones del mismo Jesucristo, y con la doctrina de la Iglesia, segun la cual Dios, lejos de querer la muerte del pecador, ordena al legislador trabajar por la mejora del criminal.

3º Una pena debe, para ser legítima, responder exactamente á la idea de la justicia, y es preciso tambien que sea necesaria. Las penas severas que pueden ser reemplazadas por otras que lo sean menos é igualmente eficaces, dejan de ser legítimas. Así sucede con la pena de muerte. Se han citado antes muchos famosos criminales, tan bien transformados en su prision, que se ha podido concederles su indulto completo sin ningun peligro para la sociedad, y su conducta despues de su libertad

1. Una muger maltratada por su marido se entregó á la embriaguez, en un grado de irritacion tal que se enfermó: decidió asesinar al esposo, pero una vez consumado el crimen, tuvo un profundo arrepentimiento. Los esfuerzos de un honorable eclesiástico tuvieron sobre ella, durante la instruccion que duró dos años, una influencia decisiva y se enmendó completamente; sin embargo, al cabo de ese tiempo, fué sentenciada á muerte y ejecutada.

2. Las legislaciones que fijan, como la de Francia y Prusia la edad de 16 años para el discernimiento ó la responsabilidad completa, permiten condenar á muerte á los jóvenes que tienen algunos dias mas de 16 años. En Baviera, de 1850-51 á 1853-54, cinco personas de menos de 20 años fueron sentenciadas á muerte, y tres de entre ellas ejecutadas.

3. Véanse en el párrafo 1, las ps. 6. y 7.

no ha cesado de ser plenamente satisfactoria. Algunos se dedican en la prision al cuidado de los enfermos y han logrado hacerse útiles á la humanidad (1). Es tambien cierto que no se debe desesperar de la mejora del criminal, del cual la reaccion dichosa hácia el bien, se hace largo tiempo aguardar. Luego entonces cómo sostener la necesidad de la pena de muerte? No vale mas trabajar por la mejora del criminal en su prision, y hacerlo capaz de reconciliarse con la sociedad por el bien que puede hacer?

4º Otra consideracion contra la necesidad de la pena de muerte es que la sentencia del criminal á prision es mas conforme al interés social. Una pena es tanto mas eficaz cuanto es cierta. El temor de sufrirla ciertamente, hace retroceder ante el crimen al hombre dispuesto á cometerlo. La esperiencia demuestra que el criminal tiene continuamente la esperanza de escapar de la pena de muerte, mas bien que de cualquiera otra, sea ante el tribunal, sea por el indulto concedido á un número siempre creciente de sentenciados. Por el contrario el criminal que va á ser sentenciado á prision perpétua, no tiene la esperanza de librarse de esta pena; pues que el descubrimiento de su crimen y su sentencia son ciertos y no hay indulto para él. La emocion producida frecuentemente por una sentencia de muerte no tiene ya razon de ser, y el soberano no tiene ya el penoso deber de conocer sobre la ejecucion de una sentencia capital. Tambien los ingleses que tienen una grande esperiencia quie-

1. Un individuo sentenciado por robo y asesinato mereció el indulto por su conducta ejemplar durante una larga serie de años. El lo rehusó, rogando se le empleara en la prision en los trabajos mas duros. En la época del cólera, un gran número de guardianes fué arrebatado por la epidemia ó se vieron gravemente enfermos, él se encargó con la mejor voluntad del cuidado de los presos y preservó á muchos de ellos de la muerte. Niemyer hace notar en su *Tratado de patología especial*, 1861, vol. II, p. 561, á un asesino, condenado á 20 años de prision, por el celo con que cuidaba de los enfermos infestados de tifus.

ren reemplazar la pena de muerte con la de la prision perpétua [1], que vale mas para prevenir los crímenes.

5º Una pena es legítima siempre que tenga la condicion de no producir un mal irreparable castigando por el mas doloroso de los errores á un hombre inocente. Hemos probado en el párrafo 11, que siempre los inocentes son condenados á muerte y ejecutados; y como desgraciadamente no se pueden volver á la vida á las víctimas del error, la pena de muerte no es injustificable? El temor de castigar á un inocente debe preocupar al juez é inquietar fuertemente al soberano que dispensa los indultos. No hace mucho tiempo, que en Bélgica y en Mons, se juzgaban á los criminales culpables de crímenes por los cuales se habian ejecutado precedentemente á otras dos personas verdaderamente inocentes. Los jurados temiendo la aplicacion de la pena de muerte á los nuevos sentenciados, pidieron que ninguno de ellos fuese ejecutado. La emocion producida por este asunto hizo reclamar por todas partes la abolicion de la pena de muerte (2).

II. La utilidad de la pena de muerte es tambien muy disputable. Una regla importante para el legislador en materia criminal, es no hacer uso de ninguna penalidad que no tenga la aprobacion de la mayoría de los hombres elevados por el talento y el carácter; sin esto, las decisiones judiciales no tienen ninguna autoridad moral, y el gobierno no hace sino descontentos. Uno de nuestros primeros criminalistas (3), ha dicho, con

1. Esta es la opinion de los majistrados de los tribunales superiores y de grande esperiencia en Inglaterra y en Irlanda. Ellos la han espresado de una manera muy notable. Véase *Phillips thoughts*, p. 150. Ella fué reproducida en el informe presentado el 17 de Diciembre de 1860, por Wester en la *Society for promoting the amendment of the law*.

2. La corte de casacion nada ha ordenado sobre este negocio: tampoco el rey ha dado ninguna decision relativa al indulto.

3. Zacharice, en los *Archivos del derecho criminal*, 1856, p. 104.

razon, que la conservacion de la pena de muerte se comprende solamente en los paises donde la opinion pública la soporta ó la reclama. Es preciso, pues, consultar la opinion de un gran número de hombres ilustrados, y no tomar en cuenta las preocupaciones de una multitud ordinaria, estúpida y amante de espectáculos terribles. Otra regla importante es la de no hacer uso de ninguna penalidad que tenga serios inconvenientes, por temor de que resulte de esto un mal superior al bien buscado en el establecimiento de la pena. Así es, que relativamente á la pena de muerte se reconoce: 1º que el número de los que ponen en duda su legitimidad ó su utilidad vá siempre en aumento, y esta duda gana terreno en todas las clases de la sociedad. A cada ejecucion se levanta un gran número de voces para reprobarla, y la autoridad del gobierno se debilita por esto mismo. El legislador debe preocuparse de la emocion popular que excita cada nueva sentencia de muerte, y de que tiene graves inconvenientes. El legislador ha dado satisfaccion á la opinion pública aboliendo las penas tales como la mutilacion, los castigos corporales y la pena capital calificada; él debe tambien tener en cuenta el número crecido de adversarios de la pena de muerte.

2º La experiencia prueba (§ 9) que en todos los paises esta pena tiene el inconveniente de debilitar la represion. Constantemente los testigos, los jueces y los jurados rivalizan en sus esfuerzos para eludir la pena de muerte si el veredicto de culpabilidad debe traerla consigo. Mas de un culpable ha escapado de la pena de su crimen, porque no habia otra señalada que la pena de muerte, y los malhechores dejando de temer esta pena, se deciden fácilmente á cometer un crimen. Los banqueros ingleses fueron felizmente inspirados pidiendo de comun acuerdo la abolicion de la pena de muerte por el crimen de falsificacion, despues de la ejecucion de un individuo que habia fabricado billetes de banco fal-

sos: la pena de muerte fué abolida, el número de los crímenes disminuyó y su esperanza quedó satisfecha.

3º Los inconvenientes de la pena capital aparecen tambien en su ejecucion (Véase el párrafo 10). Esta puede no tener buen éxito si es aplicada á una persona que no tiene conciencia de su sér, ó si se encuentra en un estado de salud grave de manera que se haga imposible la ejecucion (1): si la actitud del criminal y el ardor de su arrepentimiento mueven la piedad en su favor, ó bien el desgraciado afirma que es inocente con una persistencia que hace sentir su ejecucion á muchas gentes: si se ejecuta á un hombre por un crimen de menos gravedad que los de otros criminales indultados poco tiempo antes; en todos estos casos la pena de muerte perjudica á la justicia penal.

4º Las dificultades [§ 13] del ejercicio del derecho de indulto (2) hacen desear tambien la supresion de la pena. Ella ahorraria una gran dificultad al soberano, y evitaria entre él y el pueblo, siempre ocupado de los precedentes judiciales, una divergencia de miras perniciosas respecto de él y de la confianza de su justicia.

5º Es importante saber si la pena de muerte tiene un poder de intimidacion y si no se espone á la sociedad suprimiéndola, á un gran peligro. A esta cuestion se liga el estudio del movimiento de la criminalidad en los paises donde la pena de muerte es pronunciada y ejecutada, y en aquellos en que es parcial ó totalmente abolida. Se haria mal en negar el poder de intimidacion que la pena capital y su ejecucion tienen en ciertos hom-

1. Si una mujer en cinta es condenada á muerte, se retarda su ejecucion hasta despues de su parto; pero permanece, durante su embarazo con las angustias de la muerte. ¿El legislador no piensa en el mal que puede resultar al niño?

2. Desde hace algun tiempo, se cita con frecuencia el hermoso pasaje de Shakespeare, sobre el derecho de indulto; pero porque no se citaran otros del mismo poeta en que dice: *Mercy is not itself, that oft looks so, pardon is still the nurse of second ov.*

bres; pero estas solo son escepciones. La experiencia lo prueba. La mayor parte de los criminales no temen bastante la pena de muerte para retroceder ante el crimen, en el momento de cometerlo, y no piensan en la pena. Están absortos por otros sentimientos ó bien se imaginan que son bastante hábiles para eludir el castigo. En ninguna parte su restablecimiento ó su uso frecuente ha disminuido el número de los grandes crímenes. Al contrario, su abolicion parcial ó total, los ha hecho disminuir, y no es cierto que en ningun país ella haya sido seguida de una recrudescencia de criminalidad ó al menos que la haya provocado.

En Toscana, donde la pena capital se ha suprimido de derecho ó de hecho, desde hace casi un siglo, la idea que se ha fortificado de año en año, es que esta pena es una barbaridad inútil y aun peligrosa. La gran mayoría de los habitantes está opuesta á su restablecimiento (1). En los estados alemanes que la habian abolido en 1849, su restablecimiento tuvo lugar á consecuencia de algunos grandes crímenes cometidos en 1850 y 1851. Es de sentirse que no se hubieran tomado el trabajo de averiguar si los autores de estos crímenes habian oido hablar de la abolicion de la pena de muerte [2]. Para co-

1. El autor acaba de recibir un importante trabajo de tres hombres eminentes, Poggi, Marzucchi y d'Andreucci, que espresan de nuevo esta opinion. Bonaini, uno de los historiadores del derecho de mas nombre, habia propuesto á la *Academia dei Georgofili*, pedir que la pena capital no fuese escrita en el código del reino de Italia. La proposicion de Bonaini fué sostenida en el dictámen presentado el 6 de Octubre de 1861, y del cual se acaba de hablar.

2. En América, en la Isla de Rode, algunos años despues de la abolicion de la pena de muerte, y despues de una série de asesinatos, se pidió el restablecimiento de ella; pero los capellanes de prisiones declararon que su abolicion era ignorada por los autores de estos crímenes. Hombres experimentados han afirmado al autor de esta obra, que en las comarcas de Alemania en donde fueron cometidos los asesinatos de 1849-50, la clase del pueblo á que pertenecian los criminales, ignoraba la abolicion de la pena capital escrita en la constitucion.

nocer que no se debia á esta causa el aumento accidental del número de crímenes, bastaria á los legisladores averiguar sinceramente la verdad en lugar de hablar mal de las instituciones de 1848.

La estadística de Quetelet estableció que se comete regularmente en todos los pueblos un número de crímenes determinado, y este número sufre apenas algunas variaciones en ciertos años [1]. Las ejecuciones capitales no evitan los crímenes, la curiosidad, el deseo de ver la actitud del criminal y el honor del espectáculo atraen á la multitud (2). Esta olvida completamente que se cumple un acto de justicia. Frecuentemente se cometen robos durante una ejecucion, y á veces cuando ésta apenas ha concluido, los grandes crímenes desuelan la comarca y sus autores han asistido á ejecuciones. Cómo conciliar estos hechos con la opinion muy extendida sobre la intimidacion que ejerce una ejecucion capital? No se vé (3) despues de una ejecucion en Newgate á los niños entretenerse en representarla? Cada uno haciendo su papel: uno de sentenciado, otro de capellan y otro de verdugo. No es ésta una terrible enseñanza? Un eminente publicista M. Bérenger, cita otros hechos dignos de atencion (4). Si las ejecuciones tuvieran por

1. Tomándose la pena de comparar la estadística de Wurtemberg desde los años de 1844-46, publicada en los *Almanagues* de Memminger en 1846, II, p. 1, con la de los años de 1849-52, dada á luz por el mismo autor, se verá que el número de acusaciones de asesinato, infanticidio ó incendio, poco ha variado. En el año de 1832 se contaron 8 procesos de asesinatos, en el de 1846 se contaron 3, y en 1847 el número ascendió á 5.

2. No hemos visto á personas demasiado elevadas rodear á un hombre que ha caido de un techo ó herido gravamente, por pura curiosidad.

3. *Phillips thoughts*, p. 84.

4. En la obra *Sobre Represion penal*, p. 465-68, hace notar, con razon, que la vista de una ejecucion á menudo excita á cometer un asesinato. Dice, con mucha verdad: es menos el horror del crimen expiado, que los incidentes del terrible drama al cual se asiste, y que son el objeto de las conversaciones. Se olvida el crimen, la pena justa en que ha incurrido, para no pensar mas que en la manera cómo podrá destruirse el cadalso.

efecto la disminucion de la criminalidad, se veria en disminucion en los paises y en las épocas en que la pena es prodigada. Al contrario la estadística muestra que el número de los grandes crímenes se ha aumentado en los paises donde las ejecuciones han sido terriblemente multiplicadas en ciertas épocas, y se han visto disminuir en otras donde no se ejecutaba ninguna sentencia de muerte durante muchos años consecutivos. En un trabajo recientemente publicado en Bélgica [1], contra la pena de muerte, se ha hecho en las diferentes provincias de este país, una comparacion entre el número de ejecuciones y el de los crímenes. En dos provincias, el Limburgo y el Luxemburgo, una sola ejecucion tuvo lugar desde 1830: en Lieja ninguna hubo desde 1825, y el número de crímenes castigados con la pena capital, disminuyó un trece por ciento. De 1832 á 1835, se cuenta tambien un acusado sobre 66,485 personas, y de 1850 á 1855, uno sobre 102,972. En la jurisdiccion de corte de apelacion de Bruselas, 25 ejecuciones tuvieron lugar desde 1832, y el número de acusados se aumentó á veintidos por ciento, en 20 años. En la jurisdiccion del Gante, el número de ejecuciones fué de 22, y el de crímenes se aumentó á trece por ciento [2].

Se comprenderian mal las esplicaciones y los datos estadísticos que acabamos de presentar, si se quisiera hacernos decir que el número de los grandes crímenes se aumenta ó disminuye con el de las ejecuciones. Queremos probar solamente que una severa aplicacion de la pena no disminuye generalmente el número de los crímenes, y mas bien tiende á aumentarlos.

1. Suplemento al diario de la *Mosa*, 15 de Febrero de 1862.
2. Se deberian tener los mismos elementos estadísticos de las provincias de otros Estados.

## XVII.

Examen de los medios propuestos  
para evitar los inconvenientes de la pena de muerte.

Hay en todos los paises un gran número de hombres que desean ardientemente la supresion de la pena capital; pero que temiendo los inconvenientes y los peligros que resultan al órden social, buscan los medios legales para hacer desaparecer desde luego las malas consecuencias de la pena.

Examinemos los que se han propuesto:

I. Se ha repetido frecuentemente que la abolicion de la pena de muerte en materia política es ya un gran resultado. Hemos dicho antes que está consagrada legislativamente en Francia, en Suiza, en Portugal, y que acaba de ser propuesta en el ducado de Brémen. Es indudablemente un gran progreso restringir así la aplicacion de la pena: ninguna legislacion puede desconocer la diferencia entre los crímenes políticos y los crímenes comunes. En materia política es muy difícil separar los actos lícitos de los punibles, y los hombres mas honrados, los mas adictos á su patria, pueden, en el ejercicio de sus derechos políticos, ser conducidos á cometer actos punibles á los ojos de un tirano. Un gobierno indiferente en los medios para llegar á sus fines, hace va-