

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 razon de ser.

En todos los países la mayor parte de las sentencias capitales no se ejecutan: muchos hombres distinguidos por su esperiencia 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 razon de ser en el estado de un



pueblo en las diferentes épocas de su historia. Esta verdad aparece sobre todo en la elección de las penas.

El objeto de este libro, no es, sin duda, el estudio histórico de la legislación de todos los pueblos (1) sobre la pena de muerte; sin embargo es preciso estudiar la de los Romanos sobre esta materia; porque á esa legislación los pueblos de la Europa han tomado por modelo.

Tres principios á los cuales se reúne esencialmente la pena de muerte, han ejercido en la antigüedad su influencia sobre el derecho penal. Parte de ellos se encuentra en la historia de los pueblos germánicos.

1º El principio del talion: la idea del talion imponiendo al culpable, tanto cuanto es posible, un mal semejante al que ha causado á otro con su crimen, es mas ó menos aceptado por un pueblo poco civilizado, conforme se desprenda la idea de la pena de sus creencias religiosas, sobre el deber de la venganza, y el talion tiene lugar en una legislación basada sobre el derecho de los fueros, tanto mas cuanto que satisface los sentidos y la preocupacion del misticismo sobre la necesidad de vengar la sangre con la sangre. Así es como se encuentra en el derecho romano, en las Doce Tablas, la espresion de la idea del talion, tabla 8 (2), la regla siguiente: *Qui membrum rupit ne eum eo pacit, talio esto* (3) y la palabra *vindicta*, para designar la pena, que corresponde á la idea de la venganza y del talion. Bajo el imperio de tales ideas, se comprende que la pena de muerte sea admitida como la pena legítima para el homicida.

1. Creemos que basta comenzar la historia de la pena de muerte entre los Romanos. Su historia en los otros pueblos de la antigüedad es demasiado incierta para que pueda servir al objeto práctico de este libro.

2. Buenos descubrimientos sobre la historia del talion; Winssinger, *De talione*, Lovan. 1822; Deinse; *De pena talion apud var gentes*, Lugdon. 1822; Rein. *Derecho criminal de los Romanos*, p. 38.

3. Los autores están muy divididos sobre el sentido de la palabra talion. Festus, *Voce talio*; Isidor *Orig.*, v. 27, p. 24; Rein. *Derecho criminal de los Romanos*, p. 358; Osembruggen, en el *Diario del derecho alemán*, XVIII, p. 74.

2º La necesidad de intimidar con la pena para prevenir los crímenes. Esta teoría sobre la pena capital conviene á un pueblo demasiado inculto que no sabe respetar en el hombre un ser moral: á quien se necesita presentarle espectáculos terribles, pues que se cree que el temor de un mal físico solamente puede hacer impresion sobre el hombre como sobre los animales, para detenerlos en el camino del crimen. Si esto fuera cierto la ley debería buscar los medios de amedrentar con las penas que causan al hombre sufrimientos físicos: por ejemplo, la tortura, las mutilaciones, y para los grandes crímenes la muerte.

3º y último. La idea de la cólera divina y la necesidad de aplacarla con los castigos. En la antigüedad la idea que dominó fué la de una divinidad irritada. El pueblo, en su rusticidad, dispuesto á las pasiones humanas, se imaginó que se ofendía á la divinidad por las faltas, por los grandes crímenes, y sobre todo por aquellos que inmediatamente parecen dirigidos contra ella ó contra alguna de sus instituciones importantes y que hacian recaer sobre él, la venganza. Entonces se debian emplear los sacrificios para aplacar á la divinidad, (1) con la esperanza de evitar á la sociedad entera la pena merecida por uno de sus miembros. Una preocupacion del mismo orden reinó por mas tiempo todavía, y era la que se imponia al culpable de homicidio, aun por imprudencia de uno de sus semejantes, el deber de aplacar la cólera de los dioses; no pudiendo participar de los sacrificios públicos, sin impedir el que fuesen agradables á los dioses. (2)

1. Esta teoría está en el Lassaulx, *Sacrificios expiatorios de los Griegos y de los Romanos*. Entre los pueblos bárbaros se hacian tambien sacrificios humanos. Lassaulx, p. 10 Rein. *Derecho criminal de los Romanos*, p. 33.

2. A esta idea se refiere la lex Regia de Numa. Du Boys, *Historia del derecho criminal*, I, p. 263. Geib. *Lecciones del derecho criminal*, I, p. 13.



Con semejantes ideas, era fácil aceptar la pena de muerte como el sacrificio legítimo del culpable y como un medio de aplacar á la divinidad. De esta manera se manifiestan las ideas teocráticas de los primeros Romanos. (1)

Así, la palabra *supplicium* empleada para designar la ejecución de la pena de muerte, espresaba el homenaje dirigido á la divinidad por el pueblo que la imploraba (2). La muerte del culpable (3) debía apaciguar al dios [*Numen*], protector ofendido. Bajo la influencia de las mismas preocupaciones teocráticas, el hombre culpable de un crimen determinado era sentenciado á una especie de proscriccion por la fórmula: *Sacer esto*; en la que el proscrito quedaba excluido de la sociedad civil, y gozaba de impunidad el que le daba la muerte. (4)

La historia romana viene maravillosamente apoyando las investigaciones históricas que tienden á demostrar que en todos los pueblos las ideas sobre la pena de muerte están en relacion con el desarrollo de la libertad política. El pueblo que ha llegado por el progreso de las luces á conocer el precio de la libertad y á respetar un ser moral en el hombre, encuentra tambien en el sentimiento del honor y de la libertad el mas poderoso estímulo para el bien y cesa de creer en la legitimidad de la pena de muerte. Por el contrario, en los países en que la

1. Un trabajo profundo sobre el antiguo derecho criminal de los Romanos y sobre la influencia de las ideas teocráticas ha sido publicado por Ulloa (uno de los jurisconsultos mas distinguidos de Nápoles) en la *Gazetta dei Tribunali*, Napoli, 1859, núm. 1328—40, en el que se demuestra que el derecho de los Etrurios y de los Sabinos era teocrático. Véase tambien á Welcker, *del Estado, del Derecho*, p. 536; Platner, de *Antiq. jur. crim. Roman.*, p. 23.

2. Sobre el *supplicium*, esplicaciones de escritores clásicos (en el Ulloa), p. 671.

3. Se ve así, en la ley de las Doce Tablas, que el hombre que ha causado daño en los campos de trigo debe ser sacrificado á Ceres númen, que protege las mieses.

4. Sobre estas ideas de *Sacratio*, Geib. Tratado, p. 14, y segun el lenguaje de los clásicos, Ulloa, p. 672.

libertad política es oprimida, la tiranía considera la pena de muerte como un medio de intimidar indispensable para apartar á los ciudadanos del crimen. En Roma, despues del establecimiento de la república, en un tiempo en que el honor y la libertad eran de gran precio, se creia que la pena de muerte convenia á los hombres incultos y serviles; pero no á los ciudadanos de un país libre: las *leges Porciae*, la abolieron en general, reservándola para casos extraordinarios. (1) Esta pena fué reemplazada por otras mas suaves; pero cuando se evaporaron las grandes ideas republicanas y la antigua virtud de los Romanos, fué restablecida, y aplicada, bajo el imperio, á todos los grandes crímenes: por último, la situacion política cambió de tal manera, que el respeto á la dignidad humana, el sentimiento de la libertad y el del derecho desaparecieron (2), y la pena de interdiccion, de la agua y del fuego, empleadas hasta entonces no tuvo límites.

Es preciso hablar aquí de la influencia del cristianismo sobre las ideas relativas á la pena de muerte.

Si la nueva religion era, como se va á ver, el mas poderoso elemento de civilizacion en el mundo germánico, en Roma no tenia la misma influencia sobre la aplicacion de la pena última: las disputas de los primeros cristianos (3), la degradacion de los Romanos y el carácter de Constantino, incapaz de comprender el espíritu de la nueva religion, hicieron imposible la accion moral del cristianismo. Fué tan mal comprendido, que dió lugar evidentemente, sin que de ello tuviera la culpa, á un acrecentamiento de barbárie en la aplicacion de la pena

1. Geib tratado, p. 24 Eisenlohr, la *Provocatio ad populum*, p. 16.

2. Geib. Tratado p. 110.

3. Véase sobre este punto las interesantes observaciones de Humboldt en *le Cosmos*, II, p. 218, y Laurent, *Estudios sobre la historia de la humanidad*, p. 229 y 294.



de muerte (1). La acción del cristianismo fué, por lo contrario, excelente, en todas partes donde se comprendió su pureza: él resistió á las costumbres de los pueblos. Los Padres de la Iglesia sustituyeron la antigua idea de una divinidad á quien era preciso aplacar por medio de los castigos, con la de un Dios que ama á los hombres como hijos suyos y que desea su enmienda. Declararon la guerra á las instituciones paganas, degradantes para la humanidad, á la esclavitud y á los combates de los gladiadores (2): la pena de muerte fué igualmente atacada (3). El mismo espíritu animaba á los papas y á los sacerdotes cristianos que convertían á los pueblos de la Germania al cristianismo, quienes condenaban la tortura y la pena de muerte, con determinaciones llenas de nobleza (4).

La legitimidad de la pena se explicaba, según las ideas canónicas, considerando el crimen como una ofensa hecha no al individuo, sino al interés público: un soplo de humanidad entró por allí en el sistema penal. [5]

En un concilio se proclamó la mejora del culpable como el objeto de la pena (6). En la edad media, se vió á

1. Se ligaba, en el derecho penal al rigor de la ley mosaica, y se le imputaba al paganismo de un exceso de indulgencia Holzendorf, *la Pena de deportacion*. p. 134. La barbarie de la legislación de Constantino en el castigo del rapto está bien espuesta por Du Boys, *Historia*, I, p. 673-76. Para ver como Justiniano comprendió mal el espíritu del cristianismo, basta leer su ley 77, en que dice que la cólera divina es exitada por la blasfemia.

2. Estos hechos están bien presentados por Laurent, *Estudios sobre la historia de la humanidad*. vol. IV. p. 312.

3. Véase lo que dice S. Agustín en las *Epístolas* 152, 154. Albin ha hecho una buena disertación sobre este asunto, *Della pena di morte* p. 39. Es apropiado recordar aquí la crítica ardiente del terrible régimen de las prisiones, Laurent, p. 318.

4. Laurent, vol. VII, p. 150. *Encíclica* del papa Nicolás, á los Bulgarios.

5. Laurent, vol. VII, p. 150. Epinay, *la Influencia del derecho canónico sobre el derecho francés*; Tolosa, 1857, p. 124.

6. *Concilium Toletanum in Mansc. Concil.* vol. XI, p. 141.

hombres dignos de respeto, tales como San Bernardo, combatir la pena capital, considerándola como una institución contraria al espíritu del cristianismo (1). Hablemos ahora del derecho de asilo, del cual se abusó á menudo y acabó por degenerar: la idea que le dió nacimiento, fué la de que la Iglesia debía su protección al hombre que la buscaba en un asilo en el cual no se permitía que la paz fuera turbada: un refugio contra la violencia de un acusador irritado, tan frecuentemente ejercido, fué mirado con desprecio por el derecho (2), sin sustraer al culpable de la pena que habia merecido. El derecho de asilo fué todavía para la Iglesia el medio de librar á aquellos que protegía de la pena de muerte: tambien encontramos decisiones y actos numerosos que le obligaban á entregar á los fugitivos, con la condición de que ellos no serian castigados con la pena capital (3). No parece sino que, según el derecho canónico, esta pena ha sido legítima (4).

En el derecho germánico, la pena de muerte existe, los trabajos recientes lo han probado; pero se ve todavía allí la influencia religiosa.

El pueblo considera esta pena de tal manera extraordinaria, que solamente la voluntad divina podía hacerla legítima (5).

1. *Bibliotheca Cisterciens.* I, p. 51; II, p. 17. El santo consiguió sustraer del suplicio á un criminal diciendo que prefería dejarlo perecer lentamente por los remordimientos.

2. *Estudio jurídico sobre el derecho de asilo*, de Mohl, Tubingue, 1853. *El derecho de asilo en su desarrollo histórico*, por Bulmering, Dorpat, 1852. Du Boys, *Historia del derecho criminal*, vol. IV, p. 396.

3. Se encuentran preciosas reseñas en el *Ensayo sobre el asilo religioso* de Ch. de Beaupaire. Paris, 1854, p. 30, 59.

4. Es preciso no admitir, con Roszhirt en su *Historia del derecho canónico*, p. 333, que la pena de muerte sea una expiación, es decir, que ella sea instituida en interés del culpable arrepentido. Se puede admitir solamente que la Iglesia no ha disputado al Estado el derecho de resistir el crimen por la aplicación de esta pena, en el C. 1, X *de furtis*.

5. Así, Tácito refiere que la pena de muerte era empleada, según los sacerdotes, *velut Deo imperante*: esta es la idea que los pueblos bárbaros tienen tambien de la pena capital.

Véase a Laurent.