

Tambien por mucho tiempo reinó entre los pueblos de la Germania el derecho de vengarse del homicida y el sistema de composiciones: la pena de muerte rara vez era empleada. Sin embargo, su aplicacion para ciertos crímenes tuvo su razon de ser en la idea de la paz: el axioma de la sociedad germánica es que el hombre que turbe la paz con sus grandes crímenes puede ser decapitado como enemigo público (1). Es indudable que la pena de muerte fué aplicada en unos pueblos antes que en otros (2), y sobre todo, en aquellos que tenian mas frecuentes relaciones con los romanos: la influencia del derecho romano hizo introducir esta pena en esos pueblos (3), y de la misma manera se esplican ciertas decisiones de los Capitulares (4). Patentemente se encuentra tambien en las leyes germánicas el principio del talion comun á todos los pueblos bárbaros (5). Pero la Iglesia, fiel á sus nobles tradiciones, dirigió contra la pena capital su accion benéfica en los pueblos de la Germania convertidos al cristianismo [6]. Sin embargo, las preocupaciones populares parece haber sido la causa de la frecuente aplicacion de esta pena, disminuyendo el número de los crímenes redimibles, y sometidos á la composicion y á la proscripcion, confirmando á menudo los grandes culpables, lo legitimo de la aplicacion de la pena de muerte, principalmente para los crímenes que consistian en la viola-

1. Véase el pasage de la Leg. Sajona. III. 5.

2. Sobre todo entre los Sajones, no obstante las dudas de los historiadores en este asunto. Boehlau, *Nova constitutiones domini Alberti*. Weimar, 1858. p. 73.

3. Por ejemplo, entre los Godos, los Lombardos. *Strat. de Jure Italicor crim.* Béról. 1859. Anschutz, *la Lombardia*, p. 25.

4. Por ejemplo, *Decretum Childeberti*, ao. 595. Y es tambien cierto [Zoefl, *Historia del Derecho*. p. 912] que la introduccion del derecho mosaico favorece el derecho del talion.

5. Está espresado en las leyes anglo-sajonas, *Leg. Alfredi*, c. 19. Véase tambien Zoepfl, *Historia del Derecho*, p. 912.

6. Esto lo esplica el Cap. Carol. ao. 785 [en el Pertz. III, p. 49] que libertaba de la pena de muerte al culpable arrepentido segun el testimonio del sacerdote Michelsen, en el Diario XIV, p. 201.

cion de la fé jurada, (1) en la traicion, en la ruptura de la paz prometida (2) y para ciertos casos de muertes calificadas vulgarmente como asesinatos. El uso de esta pena se estendió mucho entre los pueblos de Germania (3) á medida que el derecho romano, donde á menudo se empleaba, influyó en su legislacion, y como el poder del Estado engrandecia y la sociedad estaba interesada en el castigo del crimen, hicieron desaparecer el sistema de composiciones, para sustituirlo con el de las penas públicas. La pena capital fué aceptada con facilidad en la edad media, por otras causas: la idea de la venganza estendida en todas partes confinaba al talion, y en esos tiempos incultos, en que el pueblo era guiado por las impresiones de los sentidos, la intimidacion, considerada como el objeto de la pena, hacia necesario el rigor. Parecia natural al pueblo imponer al criminal el tratamiento que habia hecho sufrir á otro, y medir la espacion con la gravedad del crimen (4).

Para atemorizar, era preciso prodigar la pena de muerte y ejecutarla con un aparato terrible. Sin embargo, segun el testimonio de la historia, no fué ejecutada con tanta frecuencia como las leyes la imponian. La Iglesia, que buscaba en la pena un medio para mejorar al culpable, intervenia continuamente oponiéndose á las ejecuciones (5): su mano se descubria en los juicios de la edad media [6] ofreciendo al culpable los medios de li-

1. Du Boys, *Historia del Derecho criminal*, II, p. 121. Véase tambien Zoepfl, *Historia del Derecho*, p. 916.

2. Maurer, en la *Revista de Bluntschli*, III, p. 33.

3. En esta materia no estaban uniformes las ideas: entre los Sajones, cierta clase de robos fueron desde su origen castigados con la muerte. Koeslin, en el *Bluntschli*, III, p. 173.

4. En las instituciones de la edad media se encuentra el principio del talion: la vida por la vida, la sangre por la sangre. Sobre esto hay una buena disertacion de Osemburgen en la *Revista del Derecho aleman*, XVIII, p. 176, y en el *Tratado del derecho penal aleman*. p. 84.

5. Laurent. I c., vol. VII p. 157.

6. Importantes luces en el Canaert, *Bydragen tot, de Kennis van het onde strafregt van Vlanderen Gen.* 1835. p. 95, 100.

brarse de las penas mas severas y sobre todo de la capital: obligándolo á hacer actos de penitencia con los cuales manifestaba publicamente, con su familia, su arrepentimiento (1), á elevar, como testimonio de un arrepentimiento duradero, hermosos ó útiles monumentos (2) en honor de la Iglesia, ó bien á emprender una peregrinacion, las mas veces á Roma (3), acompañada de actos de penitencia mas ó menos penosos (4). Con lo que se prueba que la aplicacion de esta pena estaba muy léjos de ser tan frecuente como la ley la autorizaba; y es que las penas rigurosas multiplicadas tenian por objeto atemorizar, y los regidores tenian la facultad de imponer castigos menos severos para los crímenes menos graves. Habia tambien en la edad media, el derecho de indulto, del cual se hacia uso frecuentemente para sustraer de la pena de muerte [5], sobre todo, á los criminales famosos. Hubo en esta época, principalmente en Italia, una discusion notable entre los jurisconsultos: unos pedian la templanza en las penas, y un escritor estimado [6] se declaró en contra de la legitimidad de la pena de muerte. No obstante esto, la conclusion del siglo XV y principios del XVI, fué una época mala en la historia del derecho criminal: triunfante la idea de intimidar, la pena de muerte [7] se prodigó por las leyes y fué ejecutada con un aparato

1. Canaert, p. 60, 136.

2. Canaert, p. 173.

3. Un resgistro de Dresde, publicado recientemente en la *Revista del Museo germánico* de los tiempos antiguos, 1861. n.º 19, de octubre, señala la peregrinacion á Roma como la pena ordinaria del homicidio, en el período de 1432 á 1463.

4. Canaert, p. 179.

5. Osenbrüggen, *Antigüedades del derecho*, I, p. 37; John, *Derecho penal del norte de Alemania*, p. 344, nota.

6. Elizio Calenzio, preceptor del hijo de Ferrante II. En la *Gazetta dei Tribunali*. Nápoles, 1857, n.º 1206, p. 492, se encuentran detalles importantes dados por Ulloa.

7. Sobre la naturaleza terrible de las penas en los tiempos antiguos, Osenbrüggen, *Antigüedades del Derecho* III, p. 16.

terrible bajo diversas formas, de las cuales los verdugos de aquel tiempo nos han dejado la descripcion. Este acrecentamiento de rigores se manifestó cuando los jueces reemplazaron á los regidores, ó los anularon, [1], y sobre todo, cuando el derecho de gracia dejó de estar ligado con el ejercicio de la justicia. No se puede negar que Schwarzenberg [2] no hubiera abusado, en la *Constitutio criminalis Carolinæ*, de la pena de muerte, obligado como estaba á ceder á las costumbres de su tiempo; pero es justo tambien reconocer que contribuyó mucho á hacer su aplicacion menos frecuente, tanto por la disposicion del artículo 104 de la *Constitutio criminalis*, como por la economía de ciertos artículos que reservaban la pena capital como un maximun á los casos de culpabilidad muy graves [3], y que la prescribían entonces, no de una manera absoluta, sino alternativamente con otras penas.

Por último, tomando en consideracion todo lo que, en el estado presente de la ciencia ha disminuido la responsabilidad penal de los acusados (4), dió á los jueces la facultad de aplicar, en los casos de culpabilidad menos graves, una pena inferior á la pena legal. En los siglos XVI y XVII, las leyes prodigaban todavía la última pena (5), y los criminalistas profesaban grande severidad en la represion penal (6); pero no se debe olvidar que las guerras multiplicadas y las violencias cometidas por los partidos religiosos y políticos hacian al pueblo bárbaro, mantenian la costumbre de las penas riguro-

1. Esto está bien probado en la CCC.; Zachariæ *Archivo del derecho criminal*. 1857, p. 85.

2. En el artículo 109, relativo á la brujería. En el artículo 125 relativo al incendio.

3. Por ejemplo, artículo 159, para ladrones peligrosos.

4. Artículos 175-179.

5. Añadiremos que la Iglesia, en otro tiempo hostil á la pena de muerte, se callaba y renunciaba aún á la antigua doctrina del cristianismo.

6. Ulloa, en la *Gazetta dei Tribunali*, 1858, números 1214, 1235, 1242-1245.

sas, y sobre todo la de muerte, y los legisladores tenían el convencimiento de que, para intimidar á los enemigos ó para estirpar las bandas de malhechores tan terribles como numerosas (1), era preciso usar de la pena de muerte con un rigor extremo. Es preciso tambien no asombrarse de ver que en una época en que la ciencia política trabajaba por el espíritu del libre exámen, buscando los límites del poder del Estado, se produjesen teorías sobre la legitimidad de la pena de muerte: los escritores sufrieron la influencia de su tiempo. A la cabeza de ellos está Hobbes (2) quien viendo en el criminal un enemigo del Estado, consideraba la pena de muerte como una necesidad del estado de guerra. Una doctrina contraria á la suya tenia por defensor al canciller Tomás Morus, que pereció en el cadalso. En su libro sobre la constitucion de un Estado ideal: *Utopia*, enseña que la pena debe ser segun la falta: condena las penas violentas y sostiene enérgicamente la ilegitimidad de la pena de muerte, al menos cuando se le quiere hacer servir para castigar los ataques contra la propiedad. (3)

1. De allí viene que Enrique VIII rey de Inglaterra, hubiera abusado con temeridad de la pena capital
2. Sobre Hobbes, véase Vorlaender, *Historia de la moral filosófica en el derecho público*, Marburg, 1855, p. 353.
3. Con respecto á Tomás Morus, véase la *Historia de la ciencia política de Mohl*. I, p. 79; Frank en los trabajos de las sesiones de la *Academia de ciencias morales*, Paris 1854, II, p. 309. Artículo de la *Revista de los Dos Mundos*, 1856, IV, p. 551; V, p. 564.

II.
 Relacion de las ideas sobre la pena de muerte
 con el progreso de las ideas
 sobre el derecho penal, desde la segunda mitad del siglo XVIII.

El cambio mas notable en las ideas sobre la pena capital se produjo en Europa desde esa edad nueva de la civilizacion en que el espíritu de escepticismo y de rebellion sublevó á los hombres contra la tutela del Estado y de la Iglesia. Hubo mas, en el exámen y en el ataque del órden de cosas existentes, se llegó á la exageracion y á la injusticia: y se arrojaron en el mundo las ideas nuevas que trasformaron su estado político y social. Es indudable que en Inglaterra, desde hace un siglo, en medio de grandes luchas religiosas y políticas, el espíritu de duda habia provocado las mas sabias investigaciones sobre la definicion del poder del Estado: que esa nacion gozaba, en los tiempos mas malos de la libertad, de una constitucion destinada á garantizarla. (1) Mas el ejemplo de la Inglaterra no tuvo influencia en el resto de la Europa, hasta la época en que hombres eminentes de la Francia fueron allí, aprendieron á conocer y á estimar el país y sus escritores, y llamaron so-

1. Se encuentran muchas observaciones importantes sobre esto en la *Historia de la civilizacion en Inglaterra*, por Buckle, traduccion de Ruge, 1er. vol. cap. 2. ° p. 193; vol. II, p. 1.