

suficientes desde que la mayoría de estos las mira como ilegítimas ó anticuadas, y por lo mismo dañosas. En general la verdad triunfa lentamente. Puesta en duda desde luego y reconocida por pocos, es despreciada y combatida por la mayoría de los hombres, pero por fin la minoría viene á ser poco á poco la mayoría. Así sucede en el derecho penal, sobre todo, para la eleccion de las penas. Tambien por mucho tiempo se consideró al Estado como un poder investido del derecho de hacer todo lo que le es útil: se le reconoció el de imponer la pena de muerte como todo mal apropiado á su fin; tan obscuro como la pena era el poder mismo y se consideraba como superfluo investigar si dicha pena era legítima, en una época en que se pensaba generalmente como Hobbes, que el criminal es enemigo del Estado y que es preciso combatirlo de todas maneras. La pena de muerte tiene á su favor la antigüedad y la ventaja de ser el mejor medio de garantizar la seguridad del Estado y de infundir el temor. En la segunda mitad del último siglo la filosofía floreciente entró en el dominio del derecho y la pena de muerte vino á ser un objeto de estudio: si de este no se obtuvo el gran resultado que era de esperarse, fué por una doble falta que se cometió. La primera consistió en un formalismo, atacado recientemente con razon, atribuido al sistema filosófico: la segunda fué que los escritores y legisladores limitando el estudio de la sensibilidad al de la naturaleza humana, descuidaban el estudio del conjunto de sus elementos, no ménos indispensables á todo legislador que quiere hacer las leyes eficaces á los hechos para los cuales es preciso adaptarlas.

Frecuentemente los escritores fueron conducidos por su formalismo á buscar una fórmula determinada por un principio. En materia penal esperaban dar al legislador así como al juez una regla de conducta cierta que sirviera de ayuda á las fórmulas siguientes. La pena es una espacion ó el aniquilamiento de la injusticia, y ellos tenían que recurrir á palabras sonoras tales como la justi-

V.  
De la pena de muerte considerada en sus relaciones con la organizacion del Estado y el derecho de castigar.

La legitimidad de la pena de muerte y su eficacia es asunto de estudios serios desde ese gran movimiento de ideas que no permite ya buscar, en la duracion de un poder ejercido por el Estado, su razon de ser. El exámen de tal cuestion llega á un punto mas ó menos interesante, segun el carácter científico de los trabajos y el grado de respeto de la opinion pública y del Estado hácia la ciencia. A medida que la civilizacion se desarrolla, y que el Estado reconoce la necesidad de apoyar su autoridad en la mayoría de hombres ilustrados, la autoridad de la ciencia en materia de legislacion aumenta. Un gobierno sabio dejará con entera libertad el derecho de atacar las instituciones existentes, si no quiere que sus imperfecciones permanezcan ocultas [1]. La autoridad de la ciencia debe manifestarse sobre todo en materia penal de conformidad con ciertas penalidades. Su objeto es obrar en el ánimo de los ciudadanos. Mas ellas son in-

1. Un gobierno que respete este axioma no perseguirá ante los tribunales á aquellos que atacan la pena de muerte, como no se persiguió antiguamente á los que levantaban la voz contra el tormento y las mutilaciones.



cia, la reparacion ó la espiacion del mal. Pero no se lograba el objeto teniendo á la filosofía encerrada en el estado de cosas existentes, y haciendo servir á la consagracion del derecho practicado hasta entonces por el Estado (1). Ni se podia, dando por base á la filosofía del derecho el estado natural y el contrato social, resolver la cuestion de la pena de muerte.

Los trabajos sobre la legitimidad de la pena se ligaban á una doble teoría, siendo la primera la de la justicia y la segunda la utilidad de la pena. La teoría mas favorable á la legitimidad de esta, era la mas absoluta ó la de la justicia [2], y tiene aplicaciones numerosas. Vista como una teoría de la reparacion moral quiere imitar la justicia divina, reparar el mal causado por el crimen en el orden de este mundo, restablecer el orden turbado, para lo que el legislador debe tomar por modelo á la justicia divina [3], ó bien quiere cumplir por la pena la ley de la reparacion moral reinante en un mundo superior y restablecer el derecho ultrajado (4). Segun otra teoría, el crimen es un obstáculo al derecho, y la pena un medio de hacerlo desaparecer (5). La pena es todavía considerada como un medio para hacer cesar el daño

1. Véanse los pasajes de Haym, en un libro intitulado *Hegel y su tiempo*: Berlin, 1857, p. 361. El hace justos reproches á la filosofía del derecho de Hegel. Véase tambien á Prantl, en el *Diccionario político de Bluntschli*, vol. V, p. 63.

2. El autor de este libro fué en otro tiempo guiado tambien por la aplicacion del principio de la justicia para justificar la pena capital.

3. Está esta teoría de Bekker en su *Tratado del derecho penal alemán*, vol. I, p. 71-81. En Inglaterra las ideas teocráticas son las de un partido piadoso. La prueba de esto se encuentra en una obra titulada: *The Prison Chaplain by Clay*, p. 357. El autor dice que el derecho penal tiene por base, no la defensa del orden social, sino la aplicacion de la justicia divina representada por el legislador. Así es que la pena de muerte es legitima como cumplimiento de la voluntad de Dios.

4. Esta idea entra en el sistema de Savigni, vol. I, p. 26.

5. La opinion de Haelschner, *Sistema del derecho penal en Prusia*, vol. I, p. 14.

causado por el crimen (1) á la ley segun unos, y á la moral segun otros.

Segun otra doctrina para satisfacer la idea de la justicia en materia penal, es indispensable que la pena corresponda invariablemente al crimen, y este es su único objeto. Así es que la pena mas rigurosa es necesaria al crimen mayor, y por consiguiente la pena de muerte no puede ser reemplazada por otra, para el asesinato. Sustituirla con la prision perpetua seria desnivelar la proporcion entre el crimen y el castigo (2). Frecuentemente tambien se hace descansar el derecho de castigar en la necesidad de hacer expiar el crimen ó reparar el perjuicio con la pena, y sobre todo la de muerte, que se legitima para los grandes crímenes y para el asesinato entre otros; y es llamada por el asesino mismo como un medio de expiacion, y por la voz del pueblo como un sacrificio expiatorio. La teoría de la justicia ve en el asesino un hombre que substituye su voluntad particular á la voluntad general de la ley: la pena no es otra cosa que un acto de represalias que el mismo criminal ha querido, y debe ser equivalente á su crimen (3). Segun otra teoría (4), la pena es un medio para restablecer la santidad de la ley, y se hace desaparecer al criminal, ó se le impone un castigo para conservar el orden establecido por la Providencia, abatiendo la voluntad del criminal ante el poder del Estado.

¿Qué vendria á ser la legitimidad de la pena de muerte, si se llegara á demostrar que ninguna de estas teorías fundadas sobre la justicia divina descansa sobre un principio que enseñe al legislador de una manera clara y satisfactoria para la razon, las condiciones del ejercicio del

1. Segun las ideas de Rossi.

2. Esta es la doctrina de Kant. Véase Fischer, *Historia de las ideas de Manuel Kant*: Mannheim, 1860, vol. II, p. 221.

3. Doctrina de Hegel, *Filosofía del derecho*, 199. 101, 220.

4. Sthal, *Filosofía del derecho*, vol. II, p. 364.



poder penal, sus límites y el objeto de la pena? Ellas se apoyan en falsas premisas y se conforman con fórmulas obscuras y rústicas que tocan á lo imposible. En fin, son contrarias á la naturaleza humana y á la esperiencia, y léjos de guiar al legislador lo obligan á valerse de la arbitrariedad. Es preciso rechazar con energía, sobre todo la teoría que representa con bellas frases el derecho de castigar perteneciente al Estado, como una imágen de la justicia divina: ella es falsa como la idea de la teocracia [1]; consagra la usurpacion de la justicia de Dios al provecho del legislador de la tierra, privado de los medios de los cuales Dios dispone para juzgar el verdadero valor de las acciones humanas, y mal ilustrado sobre las leyes divinas que presiden el órden de este mundo. ¿El legislador, queriendo hacer justicia en la tierra sabe si Dios no ha ejercido la suya? Otro de los vicios de esta teoría es resucitar la idea antigua de una divinidad irritada que es preciso aplacar con un sacrificio, y rechazar la idea cristiana de un Dios de amor que conduce á los pueblos y á los individuos culpables por caminos diferentes de los del legislador. Que no se busque la legitimidad de la pena de muerte en la teoría que quiere reparar la injusticia con el castigo, ó con un lenguaje enfático el atentado del crimen al órden del universo ó al mal moral: es un absurdo querer hacer que lo que ha sucedido se considere como que no ha pasado, y que la ejecucion de un asesino haga que él no haya cometido el asesinato (2). Es muy difícil para el

1. Refutacion bien hecha por Mohl. *Enciclopedia de las ciencias políticas*, p. 310.—Buenas objeciones contra esta teoría en el Trébutien, *Curso del derecho penal*, p. 26. Hélie, *Del principio del derecho penal*, p. 70. Conforti, p. 204. Se verá mas adelante que, para castigar de muerte el asesinato, se comete la injusticia de invocar la voluntad divina revelada por la ley mosaica ó por la Biblia.

2. Hill cuenta con perfeccion en su obra *Crime its amocause*, etc. (Londres, 1853, p. 169.) el rasgo de un niño que asistiendo á una ejecucion, preguntaba á su madre si la muerte del culpable volveria la vida á su víc-

legislador borrar con la pena el mal moral que resulta del crimen, porque no pertenece á la legislacion penal apreciar las consecuencias morales de un crimen, y le es imposible juzgar exactamente de la gravedad del mal moral. Tal crimen grave segun la ley, aun el asesinato, no tiene ninguna gravedad en el punto de vista general (1), y segun las circunstancias bajo el punto de vista moral (2). Desgraciadamente una idea de los tiempos bárbaros, la de volver mal por mal, ó la de la reparacion con la pena impuesta en virtud de la teoría, de la venganza y del talion (3), ha ejercido una influencia fatal en los trabajos científicos (4). Es preciso reconocerlo admitiendo con esta teoría que el criminal debe tener la conciencia de merecer, por el mal que ha hecho, el mal que sufre. Los partidarios de esta teoría quieren establecer una relacion exacta entre la pena y el crimen? Ellos no están de acuerdo entre sí. Así Kant busca una igualdad específica, mientras que Hégel no demanda sino un equivalente (5). Se debe sobre todo rechazar la doctrina de Kant (6), que reclama como indispensable una medida absoluta de la pena, descansando sobre una igualdad específica con el crimen, y no ve en la pena sino una

tima. Pues entonees por qué le ahorcan? dijo el niño, una vez muerto, este hombre no podrá ya hacer una accion buena.

1. Se mata, por ejemplo, á un hombre muy pernicioso, cuya muerte causa placer á un gran número de personas.

2. Por ejemplo, una madre atraviesa por lugares infectados de algun contagio por salvar á su hijo.

3. El derecho canónico, C. XXIII quæst. 3. cap. I, proclama tambien: *Judex punit non delectatione alienæ miseria, quod est malum pro malo. sed delectatione justitiæ, justum pro injusto, quod est bonum pro malo.*

4. De Berner hace estas justas reflexiones en su tratado *Supresion de la pena de muerte*, p. 9. Véase la notable declaracion de un director de prision lleno de esperiencia, Hoyer, relatada en mi trabajo sobre la *Cuestion de las prisiones*, p. 46.

5. Kœstlin demuestra, p. 425, lo poco sólida de la teoría de Hégel.

6. Sobre Stahl, Kœstlin, p. 392. Berner, p. 8. Gœtting, *Derecho práctico de la vida y de la ciencia*, p. 22.



satisfacción á la justicia. Esta teoría olvida que no existe ninguna medida absoluta de la pena; sino que cada Estado debe en materia penal, considerar su situación y sus intereses. Así es que el legislador debe tener en cuenta lo útil, mientras que una doctrina inflexible, como la de Kant, no permite tenerla de los elementos importantes, tales como la prescripción y el arrepentimiento. La falsedad de esta teoría aparece de una manera notable en la demostración de Kant relativa á la necesidad de la pena de muerte. Arbitrariamente, y bajo la influencia de la teoría bárbara del talion, este filósofo imagina la necesidad de esta pena, y sostiene la imposibilidad de reemplazarla con cualquiera otra. Basta objetar que hay grados infinitos en el homicidio mismo, en el asesinato, y que no se puede rehusar absolutamente el indulto al asesino, mientras que es injusto, según Kant, no ejecutar á ningún asesino.

La teoría de Stahl es igualmente falsa. Su punto de partida arbitrario, es que la pena se ha hecho para abatir al criminal que se hace superior á la ley: la pena de muerte es un medio de contrariar la voluntad del criminal, y es por lo mismo legítima (1). Esta teoría es contraria á la naturaleza de la pena; ella excluye la pena de muerte cuando el criminal manifiesta un arrepentimiento sincero, y que no hay que reprimir en él malos sentimientos. La teoría de la expiación frecuentemente sostenida no es satisfactoria (2). El objeto de la justicia humana, no es observar en la conciencia al asesino, y hacer nacer en él los remordimientos, como si la violencia ejercida por la pena diese el medio para esto. Se quiere pretender también que la pena reconcilia á la sociedad con el culpable, se favorece el sentimiento de la venganza

1. Se pregunta que es lo que el Estado gana con cortar la cabeza del criminal. Véase contra Stahl, de Wyck. *Sobre la pena y la corrección del culpable*, p. 23.

2. Hélie la ha combatido muy bien, p. 75. Trébutien. *Curso del derecho penal*, p. 31.

za (1), y no se facilita ninguna regla para la medida de la pena. Por fin, lógicamente se llega á no admitir ninguna pena para el culpable que manifieste el sentimiento de su falta con su ardiente arrepentimiento ó con el sufrimiento que se impone á sí mismo. No es sin duda cierto que el culpable sufre la pena de muerte reconociendo que ella es la expiación de su crimen. Esta frase mística contraria al sentimiento popular, expresa una idea presentada por el sacerdote al criminal que asiste en sus últimos días tan penosos, y sería mas discreto haciéndole comprender que la mejor manera de expiar su crimen es arrepentirse y enmendarse en su prisión.

La teoría mas comun entre los escritores y particularmente entre los prácticos, es la relativa á la utilidad. Ella ve en la pena de muerte un medio de alcanzar un objeto determinado en el interés del Estado. Así según Bentham (2), el legislador encuentra entre el placer y la pena los móviles de las acciones humanas, y queriendo prevenir el crimen opone á las tentaciones que tiene para el hombre, el temor de una pena bastante fuerte para apartarlo de él.

Esta teoría tiene una grande afinidad con la teoría ingeniosa de Feuerbach sobre la intimidación psicológica. El objeto de la pena, es según este filósofo, sujetar la voluntad por el temor de un mal superior á las ventajas del crimen y prevenirlo por este temor saludable. La pena de muerte es legítima, opuesta como un obstáculo á los mas grandes crímenes. La teoría preventiva, entendida de una manera general y defendida, especial-

1. Se pregunta si el orden social está mejor asegurado cuando la sociedad se reconcilia con el culpable haciéndolo morir.

2. Goetting hace notar con razon en su tratado *Derecho práctico de la vida y de la ciencia* p. 117, que Bentham, adversario de la pena de muerte, está confuso cuando quiere demostrar que este castigo es el mas terrible de todos á la vista de los hombres, y verdaderamente objeto de espanto para muchos criminales, que es ilegítima, porque sirve de freno contra el crimen.