

mente por escritores italianos, justifica la pena como un medio que el Estado tiene de emplear contra el arrastramiento de las pasiones humanas y la pena de muerte como el mal mas temido por los hombres para alejarlos de los mas grandes crímenes. Una teoría preventiva limitada justifica la pena de muerte, sosteniendo que el criminal ha hecho ver por su crimen cuan peligroso es, y que el Estado emplea contra él la pena para impedirle seguir obrando mal. Otros consideran el derecho de castigar como un medio de defensa necesario á la existencia del Estado. La pena dirigida contra el individuo que ha amenazado al Estado con su crimen aleja el peligro de cometer nuevos crímenes.

Por último, otros sostienen la legitimidad de la pena, manifestando que á la vista de todo hombre que conoce el corazón humano, no hay mayor obstáculo para el crimen que el temor de una grave pena para el hombre ya castigado y para aquellos que fuesen tentados de imitarlo.

Ninguna de estas teorías justifica la pena de muerte, y está demostrado que ninguna de ellas tiene un punto de partida exacto. Todas ellas tienen un defecto comun [1] y es el de querer dar por principio al derecho penal lo útil, que varía indefinidamente al grado de la fuerza en lugar de reconocer que la pena solo vale con la condicion de ser justa, proporcionada á la gravedad del crimen y necesaria [2]. El legislador no puede hacer salir la legitimidad y la eficacia de la pena del hecho mismo de su existencia. El error de las teorías de utilidad ó conveniencia, es considerar el crimen como el resultado de un cálculo de parte del criminal. Ellas se complacen

1. Hélie hace una buena demostración en *Principio del derecho penal*, p. 84. Paris, 1855.

2. Los escritores partidarios de la teoría de lo útil, se ocupan de la práctica del derecho penal, modificando su teoría y uniéndola al principio de la teoría. Baner, Rauer, en Frpnia y Guilliani, en Italia, han obrado así.

en dar una fuerza determinada á los móviles del crimen, para dar una fuerza equivalente al mal resultado de la pena. Deben conducir al legislador á exagerar el peligro del crimen, como la pena que debe preservar de él al Estado (1). La teoría fundada sobre el derecho de la protección social, no puede dar ningun principio de penalidad. Ella confunde el derecho de castigar con el de prevenir los crímenes; y tiene el inconveniente de hacer descuidar al legislador los verdaderos medios de prevenirlos. La teoría del derecho de defensa viene á parar en una confusion semejante y hiere todas las nociones del derecho, invocando esta pretendida necesidad de defensa para castigar al enemigo desarmado é impotente (2). La teoría preventiva entendida restrictamente, hace descansar la pena en la necesidad de proteger á la sociedad contra un culpable cuyo crimen prueba que es peligroso. Esto es dar un principio falso al derecho de castigar: esta teoría viene á parar en una estension sin limites, de este derecho (3); hace caer bajo la aplicacion de la pena de muerte aún los crímenes menos graves, por ejemplo, el robo cometido por un ladron de profesion (4). Ella deberia al contrario, libertar de toda pena al culpable que por circunstancias determinadas impiden cometer un nuevo crimen (5). La pena de muerte no puede ser legitima con una teoría que pretende, como la de Feuerbach, combatir la tentacion del crimen con el temor de

1. Esto es así cuando la facilidad con la cual se comete un crimen, por ejemplo un robo doméstico, hay razon para aplicar un castigo severo.

2. Esto es contrario á toda idea sana del derecho de que el Estado invoca la necesidad de su propia defensa, para autorizar la ejecucion de un criminal cautivo, y que puede estar, por un mal físico, incapaz de perjudicar.

3. Por ejemplo, para castigar la tentativa del crimen que confirma la perversidad de la voluntad.

4. En un canton suizo se castigó con la muerte á un ladron que sentenciado varias veces, se fugó de la prision y volvió á empezar de nuevo sus robos.

5. Por ejemplo, un hombre culpable de estupro, y cojido infraganti delito, ha sido maltratado y ha sufrido la castracion.

una pena rigurosa. Una teoría que ve en la amenaza de la pena su razón de ser, es contraria á la naturaleza humana y á la experiencia, porque tiene el mal de suponer que un hombre dispuesto á cometer un crimen pesa las ventajas y los inconvenientes de él, y atribuye á una fuerza determinada los móviles del crimen para determinar la pena y considerar exactamente la parte de placer y de pena; mas la experiencia demuestra que el alma humana obedece obrando por una fuerza que la domina. Esta teoría no apercibe que el poder de la ley penal consiste, no en la gravedad sino en la certidumbre de la pena. Así es, que la pena de la cual se tiene una grande esperanza de escapar, es ineficaz [1]. El legislador espera en vano obrar en el ánimo del criminal por la certidumbre de la pena y combatir la inclinacion al crimen con el temor del mal, si aquel que la merece por su crimen, ignora la pena con que la ley lo amenaza. La experiencia demuestra, que el asesino por lo comun, no piensa en la pena de muerte (2). Frecuentemente se ocupa, no de la pena, sino de los medios de cometer su crimen sin ser descubierto (3). Para que se vea cuan mal obra la teoría de atemorizar sin que ella corresponda á la idea de la justicia, basta recordar el ejemplo de Baviera. Se sabe cuan severas son sus leyes penales, así como la prohibicion hecha á los jueces de minorar la aplicacion de ella, sin embargo de encontrar circunstancias atenuantes muy numerosas, que por lo comun ofenden la conciencia pública (4). La experiencia atestigua que con

1. Lord Broughan ha comunicado antes una observacion importante á la academia francesa. *Archivos del derecho criminal*, 1851, p. 137.

2. Un individuo comete un robo, persuadido de que no hay nadie en la casa, y el ladrón sorprendido se decide á matar. El castigo de este crimen es el del asesinato en muchas legislaciones.

3. Hill, cita en su obra, *Crime, its amount*, p. 170, un ejemplo curioso: el de un mercader que buscaba con ansiedad, despues de la ejecucion de Fauntleroy, el medio de hacer billetes falsos sin ser descubierto.

4. Feuerbach mismo reconoció que su teoría era impracticable, lo que se ve por el proyecto de código que dejó. Se sabe tambien [véase la vida y la

algunas escepciones, la pena de muerte tiene, menos que cualquiera otra, la fuerza de intimidar. Ella es combatida por la esperanza de la expiacion ó del indulto (1). Esta consideracion se aplica en todas sus partes á la teoría de la intimidacion por la pena (2). Es á propósito manifestar aquí, que las nuevas legislaciones suprimen las ejecuciones públicas, y que solo los mayores criminales han asistido á ellas (3).

Las investigaciones sobre el principio del derecho penal y particularmente sobre la pena de muerte, tomaron una nueva direccion en Inglaterra, merced á Howard y á otros hombres eminentes despues de él, tales como Buxton, Romilly y Makintosh, Estos llamaron la atencion pública sobre la necesidad de reformar el régimen de las prisiones y trabajar en la mejóra de los sentenciados, y poco á poco la teoría de intimidar con la pena, y la idea de la corrupcion absoluta é irremediable de los grandes criminales, fueron objeto de discusiones.

Luego que el régimen penitenciario se mejoró y se vió á los grandes criminales enmendarse, todos los juriscultos dudaron de la legitimidad de las penas que hacen, como la de muerte, imposible la correccion del culpable, y discutieron si era conforme á la naturaleza moral del hombre, y al interés del Estado considerar la mejora del criminal como el objeto de la pena. Entonces comenzaron los trabajos científicos sobre este nuevo principio que fué exajerado desgraciadamente. Se llegó á sostener que era preciso no retener al criminal en prision mas que el

obra de Feuerbach, vol. I, p. 232.] que en los últimos años de su vida fué adversario de la pena de muerte.

1. Berner ha hecho esta reflexion en su *Tratado sobre la abolicion de la pena de muerte*, p. 15.

2. Como se verá mas adelante en el párrafo 16.

3. Véase adelante en el § 10. Es necesario no contar con el poder de intimidacion. Véase una excelente demostracion sobre este punto en las *Transactions of nat. ass.*, 1860. p. 493.

tiempo necesario para su mejora, y ponerlo en libertad luego que se enmendara. Los adversarios de este sistema tuvieron por tal exageracion un pretexto para negar la legitimidad de él (1). Se cuestionó sobre el sentido y la estension de esta teoría (2) y sobre la necesidad de dar á la pena otro objeto que la mejora del culpable (3). La verdad es, que la pena estando en relacion con la gravedad del crimen, debe tener por objeto la mejora del sentenciado, y es pues preciso alejar todo lo que puede impedirla y hacer servir todos los medios de la naturaleza humana, dejando entrever al culpable en su vuelta al bien un recurso para mejorar su condicion (4). Se pueden citar ejemplos de muy grandes criminales que se han mejorado bajo la influencia de un buen régimen penitenciario. ¿No es este un argumento decisivo contra la pena de muerte?

He aquí los principios que deben dirigir al legislador en materia penal:

1º La existencia del Estado es necesaria al desarrollo

1º Escritores eminentes, tales como Hélie, *Del principio del derecho penal*, p. 90 de Wyck, *De la mejora del culpable*, p. 14, combatieron el principio del mejoramiento de los sentenciados. Reflexiones d'Abegg, en los *Archivos del derecho criminal*, 1845, p. 248. Koestlin, *Sistema*, p. 398.

2. Sobre todo, si era preciso pretender la mejora social ó moral. Comparad á Røder *An pœna malum esse debet*, sobre el principio del mejoramiento por la pena. Heidelberg, 1846, con Gœtting, *Derecho práctico de la vida y de la ciencia*, p. 114.

3. Gœtting, combate, p. 121, la doctrina espuesta en mi trabajo sobre la *Reforma de las prisiones*, p. 75. Holzendorf procura avenir los ánimos en la *Revista de Gross Sobre la ciencia del derecho penal*, vol. II. 1er. cuaderno, p. 5 y vol. IV. p. 191.

4. ¿Cómo debe conciliarse el castigo con la correccion del culpable? Véase mi trabajo sobre la *Reforma de las prisiones*, p. 78: 125 mi trabajo sobre la *Cuestion de prisiones* p. 75: la discusion de un procurador en las *Transactions of the society for promoting social science* Glasgow, 1860, p. 111. Berner, *Supresion de la pena de muerte*, p. 21: Gœtting, p. 67; y un estudio sobre la penalidad, considerada tanto bajo el punto de vista de la correccion como con el objeto de intímar. *Clay The prison Chaplain*, p. 292-297.

de la humanidad. Las teorías imaginarias sobre el Estado natural ó sobre el contrato social, deben ser escluidas del derecho penal.

2º La accion del Estado abraza las relaciones de la vida civil: debe su proteccion á los hombres que viven reunidos bajo su ley; y debe guardarse de querer cumplir ó imitar la justicia divina restableciendo con la pena el orden de este mundo.

3º El Gobierno tiene el derecho de emplear todos los medios que sirven para fundar y proteger á la justicia.

4º De ahí nace para el Estado el derecho de instituir y aplicar las penas. Este es conforme á la idea del derecho escrito en la conciencia universal. El hombre que ha ofendido al derecho, merece una pena con relacion á la gravedad de su falta, y esta pena debe servir siempre para corregir al culpable, prevenir otros crímenes y proteger la seguridad pública.

5º El sistema penal es uno de los medios destinados á proteger el derecho, y el Estado debe servirse de él, despues de haber agotado todos los recursos de que puede disponer.

6º Los castigos que el Estado puede emplear, no deben suprimir ó limitar mas que los derechos que vienen de él ó que son el objeto de su proteccion legal; pero el derecho del Estado no se estiende á imponer penas que destruyan en el hombre el desarrollo de su sér. La vida es un presente de Dios y la condicion del desarrollo moral del hombre. Su duracion se ha fijado por la Providencia, y toda pena que atenta contra la voluntad divina es ilegítima. La pena de muerte ha llegado á ser legítima por el favor de las teorías contrarias al cristianismo y fundadas en la idea de la cólera divina que quiere ser aplacada (1).

1. Véase un trabajo excelente en la *Revista de Dublin. Dublin Review*, 1860, Agosto, p. 472.