

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.

Esto que admitir el  
 autor por la guerra de  
 se generalizarse cuando  
 el bandoleros ame-  
 naza á una socie-  
 dad: que de hecho abre  
 guerra contra ella sin  
 exponerse, con dolo y  
 con crueldad.

## XVI.

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

Hace treinta años que la mayor parte de las legisla-  
 ciones aplicaban la pena de muerte á crímenes, que nin-  
 gun 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 presunción contra la con-  
 servación de la pena de muerte? (1)

Cada día se presentan nuevos motivos de graves re-  
 flexiones sobre esta materia. Encontramos entre los ad-  
 versarios de la pena de muerte, no puros teóricos juzgan-  
 do al mundo en sus gabinetes con sus preocupaciones,  
 enemigos del orden social dispuestos á trastornarlo, ó  
 buscando en la abolición de la pena de muerte un me-  
 dio 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 asi 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 dia en dia 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 atestigüa 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, juriscónsulito 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 dia en dia 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 cuestion á dos puntos de vista esenciales: 1º la pena es legitima? 2º es útil? Estas dos ideas difieren, es verdad; pero tienen puntos de contacto. Aquí la pena deja de ser legitima 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 legitima, 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.

Todas las penas tróvanse en  
quienos inconvenientes



vestigar: 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 acción 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 protección 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 tendría 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 protección legal; pero no se llega de esta manera á probar la legitimidad de la pena de muerte. Semejante sistema sería 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 desesperación 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 demostración de este asunto en el Poletti, *Diritto di punire é la tutela penale*, p. 336.

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

2º La legitimidad de la pena de muerte tiene también contra ella al cristianismo (3). Nuestros Estados que se congratulan tan frecuentemente de ser cristianos, podrían difícilmente 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, según 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 también 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 prisión, que se ha podido concederles su indulto completo sin ningún peligro para la sociedad, y su conducta despues de su libertad

1. Una mujer maltratada por su marido se entregó á la embriaguez, en un grado de irritación 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 instrucción 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 días 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.

Hay mucha diferencia  
entre estos  
argumentos.

Demuestra que los arrepentidos no hay  
que castigarlos, según el autor. Valdría  
más como castigo de arrepentimiento enviarlos  
á prisión de los criminales.



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.

Una rara  
esperanza  
de la pena  
al anteo

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 II, 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 mayoria 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 expresado 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 laws*.

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.

Pues que de  
Va de prision. Pese perfectamente  
al indulto