

PRIMERA PARTE.

XVIII.

Ultimo estado de la cuestion y el congreso de juriseconsultos.

La conservacion de la pena capital, es una de las cuestiones mas graves de la legislacion penal. Se liga el derecho penal á principios diferentes, segun se admite ó se rechaza la pena de muerte. Se ha oido recientemente con gusto á un ministro aleman, M. de Schémérling en Viena, declarar que él no estaba de acuerdo con el principio de intimidacion. Lógicamente, este hombre de Estado debia ser un adversario de la pena de muerte. En nuestros dias, la idea aceptada es, que la mejora del culpable es el principio de la penalidad. Desgraciadamente esta idea es tambien muy oscura y sus adversarios le oponen la pretendida necesidad de la pena de muerte. Con la abolicion de este castigo desaparece el principio de intimidacion, y la pena, conservando el poder de represion que le es inherente, y la sujecion de la prision con sus mil privaciones, debe ten-

der á la mejora del sentenciado. Tal es el verdadero principio del derecho penal: su aplicacion abraza todas las instituciones penales; la organizacion de los establecimientos penitenciarios, la eleccion de las penas, la abolicion de aquellas que se oponen á la mejora del sentenciado; y se verá así desaparece la desgraciada oposicion de principios que reina aún en nuestras nuevas legislaciones, y que dejando subsistir las antiguas instituciones, pretende dar satisfaccion al entendimiento nuevo con medidas á medias.

La abolicion de la pena capital trae consigo la consagracion de una de las reglas fundamentales del derecho penal, la supresion de las penas irremisibles. La prision perpétua es tambien invariablemente prescrita en las legislaciones penales mas recientes, en lugar de ser como un máximo: si es preciso mantenerla (1), que se le reserve para los casos de culpabilidad mas graves, dejando á los sentenciados, como en Inglaterra, la esperanza de redimir una parte de su pena por medio de una conducta ejemplar. Hace mucho tiempo que la pena de muerte está escrita en la ley, y en parte solamente es cierto que las penas no son irremisibles, porque los legisladores hacen la pena de muerte obligatoria para ciertos crímenes. Una vez suprimida la pena capital, toda la gradacion de las penas de prision viene á ser completamente cambiada. Mientras la pena de muerte subsista, el legislador está obligado á mantener un sistema de penalidad severo: aplica la pena de prision perpétua, como la mas inmediata á la pena de muerte, á crímenes graves que no merecen ser castigados

1. El autor de este artículo se reveló en 1836, en la *Revista de la legislacion*, vol. VI, ps. 31, 96 y 270, contra la pena de prision perpétua. En Wurtemberg se propuso la abolicion de esta pena (V. *Hepp comm.* I, p. 147. En los Estados generales de los Países Bajos se discutió si esta pena era compatible con el sistema penitenciario. *Revista de la legislacion de Harlem*, vol. XIX, ps. 240, 459.

con la última pena, y la gradacion de las penas es de diez y seis á veinte años, ó de diez á cinco de prision.

La pena de muerte ha sido para el autor, durante cincuenta años, un asunto de investigaciones y de observaciones, de las cuales ha publicado el resultado en este libro. El autor ha querido siempre la supresion de la pena de muerte; pero hace veinte años todavía, bajo la influencia de una teoría falsa de la justicia, no se atrevia á atacar la legitimidad de esta pena, y se limitaba á investigar si era necesaria á tal ó cual Estado, y sobre todo á pedir que la aplicacion de ella fuese muy restringida. A la edad en que la presuncion, la vanidad y el deseo de reducir todo á ciertas fórmulas desaparece, ó en que el objeto de la existencia es ir en pos de la verdad, el autor ha pensado en dar á su obra un abjeto práctico. No ha querido jamas llegar á la abolicion de la pena de muerte excitando contra ella á las almas sensibles. Un escritor ha demostrado perfectamente, hace algun tiempo, en un trabajo muy notable del cual se tratará mas adelante [1], que teniendo en cuenta solamente el sentimiento popular, no se debe entrar en el exámen profundo y científico de tal cuestion, pues que bastaria dar razones puramente sentimentales. El autor ha investigado escrupulosamente si es permitido matar á un hombre fuera del caso de legítima defensa, y si el gobierno tiene este derecho. Importaba, ante todo, seguir al través de la historia, el origen y el desarrollo de las teorías sobre la pena de muerte. La historia nos ha demostrado la idea de esta pena, desarrollándose en la antigüedad por la creencia de una divinidad irritada á quien el crimen habia ofendido, y que era preciso aplacar, y en favor de las opiniones dominantes, sobre el deber de la venganza. El triunfo del cristianismo, el mas grande elemento de civilizacion para la humanidad,

1. Chauffour, en la "Revista germánica," el 16 de Agosto de 1862, p. 467.

destruyó la idea bárbara de la cólera divina: se vió desde luego á los hombres mas eminentes y mejor iniciados en el espíritu de esta religion, atacar la legitimidad de la pena de muerte, y la teoría que hace derivar esta pena del derecho divino, fué condenada. Carpsow, llevado de un sentimiento elevado (1), y á pesar de su severidad manifestó que los jueces debian imponer muy pocas veces la pena de muerte, y daba una razon en favor de ella y esta era que estaba escrita en el derecho divino.

Es preciso tener en cuenta tambien el testimonio de la historia, que muestra en todos los pueblos, una relacion exacta entre el grado de su civilizacion y el estado de su legislacion, sobre la pena de muerte. Cuando los pueblos son ilustrados, sensibles al honor y adictos al deber social, la pena de muerte desaparece de sus leyes, ó su aplicacion es muy restringida. Otro punto de vista importante, es el valor de los diversos principios del derecho penal sobre los cuales se apoya esta pena. Pero ante todo, importa recojer un conjunto de observaciones sobre lo que toca á su existencia y á su uso. Se puede creer en su necesidad, si está bien probado que su abolicion para ciertos crímenes, no ha aumentado el número de ellos, y que la parte inteligente del pueblo de dia en dia cree menos en su legitimidad y en su necesidad, y que el número de adversarios se aumenta sin cesar. Un buen medio de servir su causa es el de mostrar que ha aumentado el número de los grandes crímenes prodigando la pena de muerte y restableciéndola en los países donde estaba suprimida, y que la creencia en su accion preventiva es un puro error.

Si la estadística nos hace ver á los jurados procurando hasta declarar á los culpables inocentes ó tomando algun pretesto para impedir á los jueces imponer esta

1. Praxis rerum criminalium, part. III, quæst. 128, núm. 14.

pena, es preciso reconocer que conservándola, se llega á enervar la represion penal.

Importa mas todavía, saber si las sentencias que imponen esta pena son rara vez ejecutadas: si el sentimiento de la justicia desarrollado en el alma de los soberanos los dispone á conceder indultos: si saben discernir cuando es ó no merecido, y si la opinion pública cree que la casualidad ó el arbitrio determinan de él. Una razon decisiva para la abolicion de la pena de muerte, es un cambio completo del sistema penitenciario haciendo posible la trasformacion aún de los hombres culpables de crímenes castigados con la muerte. Se han visto enmendarse hombres para quienes la pena de muerte ha sido cambiada, por favor del soberano, en la de prision perpétua. El autor en su trabajo sobre la pena de muerte, ha recogido todos los hechos que se refieren á estos diferentes puntos.

La publicacion de este trabajo ha producido tanto, bajo el punto de vista legislativo como en el judicial, grandes cambios en las ideas sobre la conservacion, la aplicacion y la eficacia de la pena de muerte, y se han recogido nuevas observaciones importantes sobre el estado presente de la cuestion.

I. Hé aquí el último estado de la legislacion: A, En un país donde ella era prodigada, en Inglaterra, la pena de muerte está abolida para todos los crímenes, excepto para el asesinato y los casos mas graves de alta traicion. Esta innovacion está consagrada en las leyes penales revisadas el 6 de Agosto de 1861 [1]. Esto es muy importante para quienes saben que en 1847 se pronunciaron en Inglaterra, 1302 sentencias de muerte: que de 1810 á 1832, se ejecutaron 759, y que en 1861 se contaron tambien 5 sentencias de muerte por tentativa de asesinato; 10 por sodomia, 5 por robo grave,

1. Véase mi artículo en el *Gerichtsaal*, 1862, p. 430.

3 por violacion de domicilio con violencia contra las personas, y uno por incendio.

Tales sentencias, en lo sucesivo, no tendrán lugar, siendo este un resultado muy importante, sobre todo si se considera que el ministro Lewis, encargado de hacer las proposiciones de indulto, pidió con energia al parlamento restringiera al asesinato la aplicacion de la pena de muerte.

B. La comparacion del último estado de las diversas legislaciones penales con las que les han precedido, nos muestra una gran disminucion en el número de los casos de aplicacion de la pena capital. Se la aplica en el código del Piamonte de 1859, á nueve crímenes, en 1839 se aplicaba á cuarenta y uno. En Baviera el código del 10 de Noviembre de 1861, la ha restringido á dos casos de alta traicion, á tres casos de traicion á la patria, al caso mas grave de lesa magestad, al asesinato, al robo seguido de la muerte de la víctima, al abuso del poder entrañando la ejecucion de una sentencia de muerte ilegal, mientras que en 1813 la pena capital existia tambien para 26 crímenes. ¿Quién podrá sostener todavia la necesidad de la pena de muerte?

C. Las nuevas legislaciones conceden la facultad de excluir la pena de muerte mediante la admision de circunstancias atenuantes, que algunos las estienden á todos los crímenes. Así pasa en Francia, en el Piamonte, en los cantones Appenzell y de Lucerna, la Serbia. Los otros admiten las circunstancias atenuantes por lo menos para el asesinato; tales son el código de Toscana, publicado en 1853 (1), y el nuevo código penal de la Suecia.

D. Otras legislaciones no imponen al juez la aplicacion de la pena de muerte; le dejan el poder de reemplazarla por otra pena; tal es la ley escrita en el nuevo

1. Artículo 123.

proyecto del código penal de 1862 en Hamburgo, donde se establecen dos grados en el asesinato: el asesinato de primer grado es castigado de muerte; al de segundo solo se impone la pena de prisión (1).

II. La acción de la justicia es generalmente instructiva. En su trabajo sobre la pena de muerte el autor ha demostrado que los jurados empleando toda especie de medios legales para evitar la pena de muerte. En Francia por ejemplo, en el año de 1860, los jurados, pronunciaron para crímenes castigados de muerte, veredictos de culpabilidad, y tenían cuidado de apartar todos los cargos de los cuales la admisión entrañaba la pena capital, tales como la premeditación en el caso de asesinato y el dolo en caso de infanticidio (2). En Toscana la misma aversión se ha manifestado entre los jueces á la pena de muerte.

III. Un punto de grande importancia, es el número crecido de indultos concedidos á los sentenciados á muerte.

Hé aquí los últimos detalles de estadística en muchos grandes Estados. En Austria, 44 sentenciados á muerte sobre 123, fueron indultados en 1857: el número de sentencias fué de 3 por alta traición, de 63 por asesinato, de 1 por incendio y de 58 por salteamiento. En 1858, hubo 48 indultos sobre 122 sentencias capitales. Un gran número de estas sentencias fueron impuestas por los tribunales militares de Ungría. Haciendo abstracción de estas sentencias, se encuentra un número de indultos todavía mas importantes. En 1857, se cuentan 27 indultos sobre 34 sentencias, y 26 sobre 30

1. En las legislaciones penales de la América del Norte.

2. Por ejemplo, en Francia, el jurado eludió la pena capital durante el año de 1860, en 24 acusaciones de asesinato y en 22 de infanticidio, modificando sus veredictos. La admisión de circunstancias atenuantes salvó á 292 acusados, de la pena capital.

en 1858 (1). Hemos hecho ver antes que en Prusia, el número de indultos habia disminuido en una serie de algunos años. Fueron muy raros de 1849 á 1856, no siendo felizmente así despues de 1857. De 1858 á 1860, se han ejecutado 11 sentencias sobre 105, contándose 3 ejecuciones cada año: 26 anuales de 1855 á 1857. Las 88 sentencias seguidas de una remision de pena en el intervalo de 1858 á 1860, comprendia 69 sentencias por asesinato (15 mujeres eran del número de los sentenciados), 11 por homicidio, 8 por incendio (2). En las 11 sentencias ejecutadas de 1858 á 1860, hubo 10 por asesinato y 1 por homicidio. En Baviera se cuentan, en el año de 1861, 27 sentencias de muerte, 13 por asesinato, 1 por salteamiento, 6 por incendio, 1 por asalto seguido de una sentencia por asesinato. El indulto fué concedido á todos los sentenciados menos á uno (3). En Francia, se hace un uso del derecho de indulto, mucho menor que en Alemania. En los diez últimos años, el número de las sentencias de muerte ha sido de 499, que dá un medio de 50 al año; pero de 1856 á 1860, ha sido de 43 solamente. Sobre los 499 sentenciados, 278 (sea 56 por ciento), han sido ejecutados. 96 por ciento estaban completamente privados de instruccion y 49 por ciento fueron reincidentes. De 1856 á 1860, el número de acusaciones de asesinato, varia: es de 329 en un año, de 187 en otro, y de ordinario es de 230 á 250. En 1860, hubo 39 sentenciados á muerte y fueron ejecutados 27, 12 indultados: entre los sentenciados, 21 eran culpables de robo así como de homicidio; 2 habian asesinado á los alcaldes de la prisión. En Bélgica, segun recientes noticias, 751 sentencias de muerte han sido pronunciadas y

1. V. Glaser, en el *Diario judicial de Austria*, 1862, número 15, p. 298.

2. Triest, en el *Diario del derecho penal*, 1862, núm. 28.

3. *Revista de la legislacion y de la práctica judicial en Baviera*, vol. VIII, p. 589.

32 ejecutadas de 1831 á fines de 1861, lo que dá un 7 por ciento. Se contaban en este número 10 sentencias por parricidio, 23 por envenamiento, 129 por incendio y 179 por asesinatos graves. En Inglaterra, 50 sentencias de muerte fueron impuestas en 1861, [26 por asesinato, 5 por tentativa de asesinato]; 15 fueron ejecutadas, 14 por asesinato, 1 por tentativa de asesinato con circunstancias agravantes.

IV. En Alemania, desgraciadamente la ciencia nada nuevo ha producido sobre la cuestion de la pena de muerte. En Italia, al contrario, ha sido vivamente debatida desde hace algun tiempo. Han aparecido hasta el presente cinco entregas del interesante diario del profesor Ellero de Bologna, bajo este título: *Giornale per l'abolizione della pena di morte* (1). Era de desearse que esta publicacion contuviera mas hechos y observaciones [2] que los que ha ministrado para ilustrar tan gran cuestion: sin embargo, es preciso reconocer que se encuentran apreciaciones muy interesantes "sobre la legitimidad de la pena de muerte." Los escritores que atacan esta pena, deben reunirse para demostrar á los legisladores, jueces y pueblo, persuadiéndolos por el progreso de la civilizacion y obligándolos á pensar en que es preciso suprimirla ó á lo menos restringir la aplicacion de ella.

La mayor parte de los artículos tienen, por objeto probar la verdad de los argumentos de Beccaria, contra la pena de muerte. El diario prueba su imparcialidad, publicando los trabajos de Ulloa (3), eminente escritor que,

1. V. el *Diario del derecho penal*, 1862, núm. 26, p. 408.

2. La entrega tercera, p. 189, contiene algunos hechos que han sido objeto de observaciones críticas. La cuarta, p. 313, abunda en los mismos hechos.

3. Ulloa es uno de los escritores mas hábiles de Nápoles: fué procurador general y ministro del último rey, y le permaneció fiel hasta despues de su partida de Nápoles. *Giornale*, entrega III, ps. 158-164.

pesando el valor de las razones dadas contra la última pena, no quiere que se suprima prematuramente, por el temor de ver multiplicarse los grandes crímenes. Los diarios italianos, y particularmente *La Legge* (1), contiene interesantes trabajos sobre la última pena. Hombres de una grande autoridad, presidentes, se exaltan en estas publicaciones, contra una idea esparcida en Italia y defendida sobre todo por el ministro de justicia en Turin, y es la de que basta restringir la aplicacion de la pena á muy pequeño número de crímenes, y dar á los jurados el poder de admitir circunstancias atenuantes, para llegar así verdaderamente á la abolicion de la pena de muerte (2) sin privar á la sociedad de un medio de defensa, del cual tiene algunas veces necesidad. Se objeta con razon que el gobierno hace de esta manera una simple esperiencia, que deja lugar á los arbitrios y que evade la solucion de las cuestiones mas graves. Un diario publicado en Venecia, bajo el título de *Eco dei tribunali*, se adhiere igualmente á demostrar que la intimidacion por la pena, no es como lo pretende la teoría psicológica de la opresion, un medio de impedir los crímenes, y que la ley austriaca permite la injusticia de aplicar la pena de muerte á los acusados que confiesan su crimen, y no á los que lo niegan (3).

En Nápoles, Fulvio atacó la pena en una obra muy notable: le pareció contraria al verdadero principio del derecho penal fundado sobre falsas teorías de intimidacion y admitida en un tiempo en que la sociedad no tenia medios suficientes para ilustrar á los hombres: que la pena de muerte ni impide el crimen ni mejora á na-

1. La *Revista de Turin*, del 12 de Abril de 1862, publicó un artículo notable de M. Venturini, presidente del tribunal.

2. *Eco dei tribunali*, 1862, núm. 1267.

3. *Dovore di punire sua relazione con la pene piu grave e col diritto di grazia*, Nápoles, 1862.