

24
9365

EL PRO Y EL



A. 2907

2
9.365

EL PRO Y EL CONTRA

EN LA CUESTION

Tit. 64610
Cod. 1069703

DE LA

PENA DE MUERTE.

CONSIDERACIONES CRITICAS

POR

C. F. GABBA,

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Pisa.

TRADUCCION DEL ITALIANO

POR

D. FEDERICO MELCHOR Y D. EMILIO CANO Y CACERES,

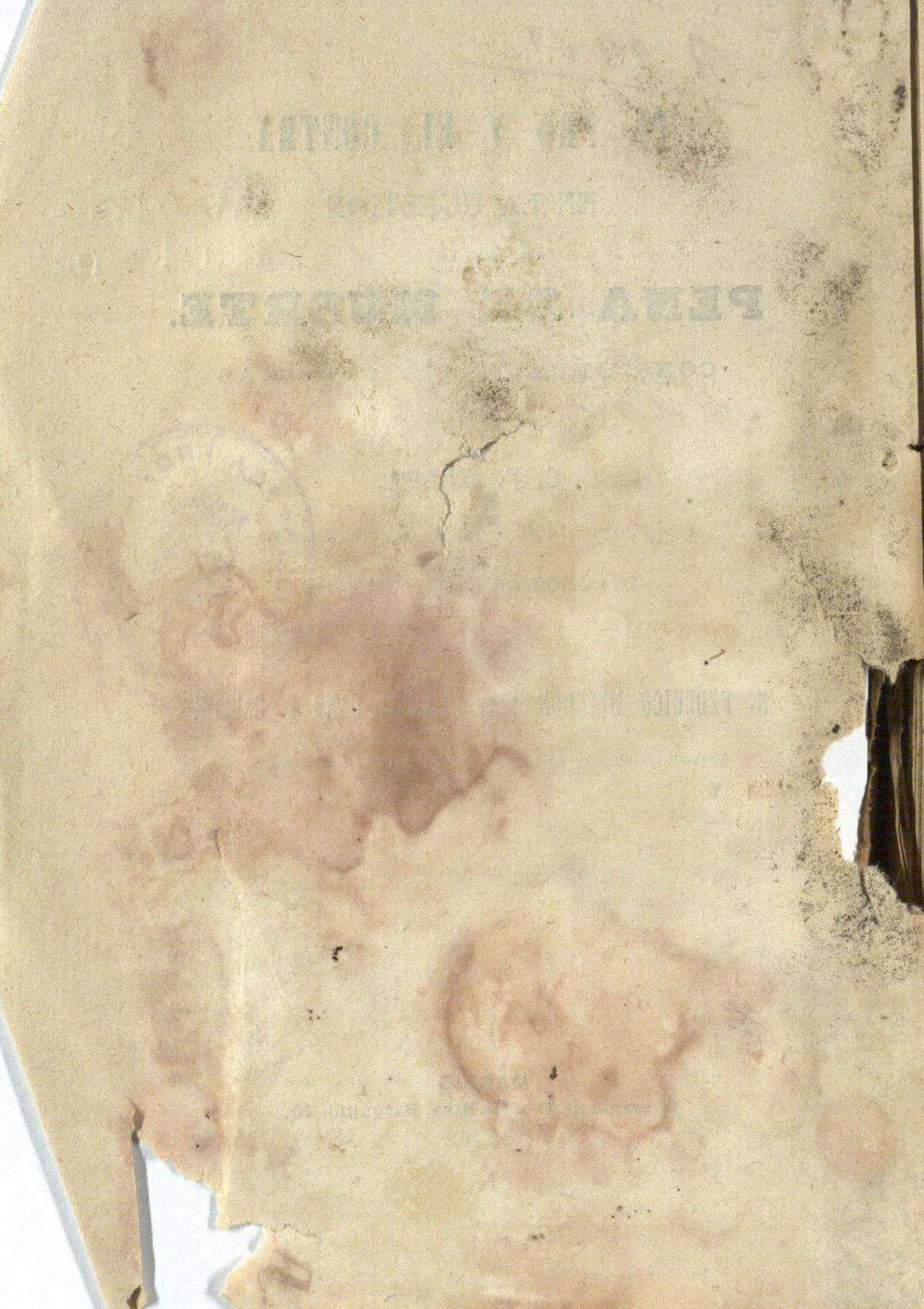
Abogado fiscal el primero y sustituto el segundo en la Audiencia de Madrid.



MADRID.

Imprenta de E. de la Riva, Barquillo, 15.

1870.



INTRODUCCION.

I.

No es posible desconocer la utilidad práctica que la filosofía del derecho ha producido hasta nuestros dias y ha de producir en lo sucesivo. A los estudios que á la misma se refieren y á la aplicacion acertada de las máximas y principios con ellos obtenidos, hay que atribuir muy principalmente la reforma de las antiguas legislaciones criminales, que no se hallaban ya en relacion con la civilizacion moderna, ni con las instituciones de esta emanadas.

No debe limitarse el jurisconsulto, si quiere mostrarse digno de este nombre, á interpretar con sagacidad y prudencia las leyes, para proteger los derechos é intereses de los ciudadanos y mantener el órden social; sino es preciso que al propio tiempo, procure penetrar en el espíritu y la razon que las dictó, investigar los principios sobre que descansa la justicia, y las reglas á que ha de atenerse para llenar su mision. De otro modo, podrá llegar

á ser un instrumento sin conviccion, dispuesto siempre á servir cualquier causa. Podemos asegurar tambien que, la filosofía del derecho ofrece sumo interés á todo entendimiento cultivado, por la influencia que ejerce en materias de la mayor importancia, como son los derechos del individuo y la conservacion del órden en el estado social. Para comprender bien esa influencia, basta imaginar por un momento, un legislador, que al establecer y ordenar un código, no partiera de principios filosóficamente determinados, ó tomara por base principios erróneos ó que una sana filosofía hubiera condenado. Grandemente absurdas serian las consecuencias á que daria lugar semejante modo de proceder. Si la justicia criminal, apartándose de los buenos principios, se obstinase en perseguir y castigar no solo los actos atentatorios del órden social, sino tambien todos los que violan un precepto moral aunque no hayan revestido otra forma que la del pecado considerado tal por una religion determinada, renacerian los absurdos é iniquidades de otros tiempos y volveria á ser hollada la sagrada libertad de la conciencia y hasta la paz del hogar doméstico. Pero si se percibe fácilmente la alta importancia y utilidad de los estudios á que aludimos, aplicados á la legislacion en general, todavia se evidencia más lo imprescindible que es recurrir á ellos, si se quiere legislar con acierto y justicia en materia de derecho penal. Si careceis en este de profundas y filosóficas convicciones y no se parté de principios fijos,

pasareis fácilmente de un exceso de rigor á una indulgencia exagerada, incurriendo en esa especie de compasion filantrópica de que suelen hacer alarde muchos hombres que se olvidan de que la sociedad y los ciudadanos honrados y pacíficos que la componen, no deben quedar á merced de los malvados á quienes alienta la impunidad ó una indulgencia inmotivada y excesiva. Una justicia penal que se apoyara en bases vacilantes ó en falsas ideas, llegaria á sofocar y corromper hasta la misma moralidad y conciencia públicas. Mucho se ha hecho, pues, merced á las investigaciones y adelantos filosóficos; se ha cambiado completamente la base y punto de partida del derecho de penar, segun las diversas fases que han ido presentando los adelantos de la ciencia, la civilizacion y costumbres de las diversas épocas.

Al principio, ese derecho consistió en la venganza privada, y se trasmitia á todos los individuos de la familia del perjudicado por el delito, hasta que la sangre quedara lavada con sangre. Á la venganza sucedió despues el rescate por dinero, y más tarde el principio de la espiacion religiosa en la India, Pérsia, Egipto y Palestina. Al lado de esa, surge la penalidad política, bajo cuyo sistema eran reputadas las acciones criminales como ofensas á la autoridad del rey, del señor ó de la casta dominante, originándose de ahí la confiscacion de los bienes de los culpables en provecho de los ofendidos, y la reprension violenta de todo lo que inferia el más leve ataque al señor ó á sus

servidores privilegiados. Por último, ha aparecido recientemente el moderno sistema de la penalidad social, que impone el castigo á los delincuentes en nombre de la sociedad y obedeciendo á los intereses de la misma. Este nuevo orden de ideas ha puesto término á muchos horrores é iniquidades; ha rodeado á los acusados de convenientes garantías y atribuido á los jueces un carácter más digno y elevado; ya no son agentes de venganza, sino ministros dispensadores de la justicia bien entendida. ¿Podremos, empero, decir por eso que hemos alcanzado la perfeccion? ¿Están acaso resueltas todas las cuestiones? Nada ménos que eso: hay aun mucho por hacer; no se ha llegado todavía á dar una solucion que satisfaga por completo á los hombres pensadores en muchos puntos de alta importancia y vital trascendencia. Se abolió el tormento, se hicieron desaparecer las penas infamantes y otras que degradaban á la humanidad; ¿puede y debe abolirse tambien la pena de muerte, ó por el contrario, el derecho que la sociedad tiene sobre el individuo para limitar, suspender ó suprimir sus facultades cuando hizo mal uso de ellas, se extiende y es preciso que se extienda hasta la misma vida, por exigirlo así la existencia de la sociedad y sus más caros intereses, puestos en peligro por el delincuente? ¿Puede abolirse desde luego la pena de muerte, ó se debe únicamente aplicar en el menor número de casos posible, reservándola para los crímenes más atroces, á fin de preparar el terreno para hacerla desaparecer más

adelante por completo, cuando un estado de civilizacion más adelantado lo permita, por haberse suavizado las costumbres y aminorado considerablemente el número de criminales? La obra eminentemente filosófica del profesor Gabba, que hemos querido dar á conocer en nuestro país, se ocupa de esas cuestiones desapasionadamente, y con recto é imparcial criterio, siendo ante todo el propósito de tan distinguido escritor, exponer todo lo que en pro y en contra de la abolicion de la pena capital han dicho los jurisconsultos más notables de las diversas escuelas, para demostrar que unos han examinado la cuestion cediendo al espíritu de escuela ó de partido y por el prisma de las ideas exclusivas emanadas de la doctrina que profesaban, y otros obedeciendo á las sugerencias de la pasion política. En sentir del autor de la obra que acabamos de traducir, no solo no ha sido todavía definitivamente resuelta por la ciencia la cuestion de la abolicion ó conservacion de la pena capital, sino que requiere la misma que, planteándola en la region serena de la ciencia á donde no alcancen prevenciones apasionadas de ningun género, ni luchen intereses encontrados de partido ó bandería, se hagan nuevos estudios cuyo plan y método procura trazar. Con este objeto, se ocupa y trata de las varias doctrinas que han predominado entre los sábios que han escrito sobre derecho penal, y las discute y analiza, viniendo á ser por tanto su libro un tratado altamente filosófico, en el que se encuentran consignadas las ideas y sistemas más

principales de filosofía del derecho criminal, que con justa razón han de llamar seriamente la atención de todo hombre reflexivo y estudioso. Para que nuestros lectores puedan comprender bien la altura á que se encontraba el debate sobre la abolición de la pena de muerte al aparecer el libro del profesor Gabba, y apreciar con exactitud la importancia del mismo y el objeto á que tiende, parécenos oportuno hacer una sucinta reseña histórica de las vicisitudes porque ha pasado tan importante y trascendental cuestión que tan divididos tiene todavía á legisladores de varios países y á eminentes publicistas.

II.

La controversia que viene agitándose actualmente y que tiene por objeto la legitimidad ó ilegitimidad de la pena de muerte, ha nacido en los tiempos modernos. Hace cosa de un siglo que llama poderosamente la atención de los filósofos y de los jurisconsultos; en lo antiguo nadie disputó á la sociedad el derecho de dar muerte á los culpables de ciertos crímenes, antes al contrario, los filósofos de Grecia y Roma, consideraron legítima y necesaria la pena capital, y el derecho de vida y muerte fué, muy señaladamente á los ojos de los jurisconsultos del último de aquellos países, un elemento esencial del soberano poder. Es cierto que las *leges Porciæ* abolieron los castigos corporales, pero esto solo se entendía con relación á los ciudadanos, que si

incurrian en un crimen capital, eran castigados con la interdiccion del agua y del fuego, al paso que los que no gozaban del derecho de ciudadanía, eran condenados á muerte y sufrían todo género de suplicios, siendo decapitados, crucificados, precipitados de lo alto de la roca Tarpeya, enterrados ó quemados vivos.

En el antiguo Testamento, no se encuentra tampoco argumento digno de atención en favor de la abolicion de la pena de muerte; antes bien, se advierte que varios de sus textos reconocen su legitimidad. Lo propio ocurre con varios pasages del Evangelio, con las doctrinas de los Padres de la Iglesia y las decisiones del Derecho canónico, si se parte del punto de vista que considera la mencionada pena, como medio de represion empleado por la sociedad en interés de su conservacion y defensa. Así se explica que los legisladores cristianos de la edad media, la aplicaran á varios delitos, si bien excediéndose, por lo que la prodigaron y por haber rodeado el último suplicio de rigores y tormentos, cuyo recuerdo hace estremecer. La violenta agitacion que atormentaba la sociedad durante los siglos XVI y XVII, á causa de las guerras que desolaban casi toda Europa y que daban origen á numerosas bandas de malhechores, que esparcian por doquiera el terror entregándose al pillaje y todo género de excesos, hizo hasta cierto punto necesario, que con frecuencia se apelase á la pena capital, como medio de represion. En el siglo décimo octavo, variaron notablemente las circunstancias, y sin embar-

gunos meses más tarde habia de dar el más horrible y sangriento mentís á los sentimientos de humanidad y mansedumbre de que en aquella ocasion pretendia hacer gala. A la Asamblea constituyente sucedió más tarde la Convencion nacional, que entrando más resueltamente en el camino que aquella la dejara trazado, decretó la abolicion de la pena de muerte en todo el territorio de la República, con la restriccion de que solo habia de tener efecto dicho decreto, cuando se publicara la paz general. Sin embargo, esa resolucion como observa muy acertadamente Mr. Ortolan, quedó reducida á una frase y nada más: la guillotina no cesó de funcionar, y concluida la paz que debia derribarla, una ley publicada en 8 Nivoso del año X, declaró que se debia continuar aplicando la pena de muerte en todos los casos determinados por las leyes, hasta que se dispusiera otra cosa. Publicóse posteriormente el Código de 1810 y en él se prodigó extraordinariamente la pena capital, consignándola en treinta y nueve artículos y el temible y difícil problema que la Convencion creyó haber dejado resuelto, quedó en pié y lo que es más, dejó de preocupar los ánimos en Francia por espacio de treinta años, hasta que durante la restauracion, en 1822, Mr. Guizot, combatió la pena de muerte aplicada á los delitos políticos. Poco tiempo despues, Mr. Carlos Lucas, escribió una memoria en que se mostró favorable á la supresion total de la indicada pena y que fué premiada por la Sociedad de Moral Cristiana de París y por la

Academia de Ginebra. Esta memoria impulsó al duque de Broglie, á publicar un notable trabajo, en el que lo mismo que Rossi en su *Tra- tado del Derecho penal*, concluye no de una manera definitiva, sino con ciertas salvedades y reservas, por mostrarse partidario de la supresion.

Inspirándose posteriormente en las ideas emitidas en esas obras, los autores de la revolucion de Julio (1830), dirigieron despues de su victoria una peticion á la Cámara de los diputados, que en realidad solo tenia por objeto salvar del patíbulo á los ministros de Carlos X, prisioneros en el Luxemburgo; y aunque se acordó en la sesion del 8 de Octubre de 1830, que se solicitara del Gobierno un proyecto de ley en el sentido abolicionista, nunca llegó á presentarse dicho proyecto. Al revisar el Código penal francés en 1832, no se hizo alteracion alguna en lo concerniente á los crímenes que tenian asignada la pena capital, y la mayor parte de los publicistas continuaron proclamando la necesidad de mantenerla, al ménos en lo relativo á los crímenes más graves. Mr. de Lamartine, en dos discursos pronunciados en el concurso abierto por la Sociedad de la Moral Cristiana, trató de demostrar que aquella pena era injusta y contraria á los principios del cristianismo; pero á pesar de esto, se advierte que el Gobierno provisional de que formó parte el mismo Lamartine, solo abolió la pena de muerte en lo relativo á los delitos políticos. A esto se limitó la revolucion de 1848, y por lo que hace á los de-

más pueblos de Europa, se observa que por el pronto la Confederacion germánica proclamó la abolicion completa, al paso que el Austria, la Prusia, la Baviera y el Hannover se pronunciaron en opuesto sentido; y luego cuando comenzó el movimiento de reaccion, se restableció la pena de muerte en todos los Estados de Alemania, con sola la excepcion de tres, que fueron los Ducados de Nassau, Oldemburgo y Anhalt. La Toscana tambien la restableció en 16 de Noviembre de 1852; pero de algunos años á esta parte, se agita esa importante cuestion en toda Europa, y se nota una marcada tendencia á preparar cuando ménos el terreno, para hacer posible un dia la desaparicion del cadalso. Desde 1860 es discutida la pena de muerte en todas partes, y en algunos paises ha sido abolida. El Gobierno de Italia concedió á la Toscana el 10 de Enero de 1860 la supresion de aquella pena, que en 1862 fué acordada tambien en la dieta de Veimar. La República de la Nueva Colombia, la Moldo-Valaquia y la Cámara de Wurtemberg, la abolieron igualmente y en muchos otros paises, si bien no ha sido suprimida por completo, se ha procurado disminuir todo lo posible su aplicacion, exigiendo, para que tenga lugar, que los delitos gravísimos á que se la ha reservado, estén probados hasta la evidencia y que no concorra circunstancia alguna de atenuacion. Este mismo espíritu ha predominado en el Código penal vigente hoy en España. Inspirándose sus autores evidentemente en las ideas de Rossi y en la marcada tendencia de

la época, han restringido todo lo posible la aplicación de la última pena, asignándola tan solo á los crímenes que más hondamente afectan á la sociedad, y exigiendo aun en esos casos varios requisitos que no es fácil ni demasiado frecuente reunir. Esos crímenes han de venir caracterizados con circunstancias muy especiales; ha de constar además perfectamente la criminalidad de los reos por los elementos de prueba que se marcan clara y explícitamente en la ley 12, tít. 14 de la Partida 3.^a, y no ha de poderse alegar motivo ni particularidad alguna, que tienda lo más mínimo á atenuar la culpa.

Es indudable por tanto, que el progreso de la civilización y de las costumbres, ha influido eficazmente en la aplicación legal de la pena de muerte, y así lo demuestra además la estadística de todos los países que en lo relativo á ese punto, marca una decidida inclinación á mitigar el rigor de ciertas leyes penales. ¿Pero ha de inferirse de ahí que sea llegado ya el momento de derribar para siempre el patíbulo? ¿Tendría la ley que lo aboliese, la completa sanción de la opinión pública? Hé ahí la cuestión que todavía está por resolver.

No debemos pasar en silencio ántes de terminar esta sucinta reseña, que un eminente escritor de nuestros días, M. Mittermaier, que al principio de su carrera consideraba legítima la pena de muerte, ha modificado despues sus ideas, y en un libro recientemente publicado, se muestra adversario decidido de la misma. Los escritores que le precedieron, desde

Beccaria hasta Rossi, habian seguido dos distintas doctrinas; la una, establecia la base de la ley penal en el principio utilitario, y la otra, en el de la moralidad estricta; M. Mittermaier ha partido de otra, cuya fórmula es sumamente sencilla. Hace derivar el derecho que la sociedad tiene de castigar al culpable, del deber que la afecta de fundar y proteger todos los demás derechos. Considera por tanto á la pena como sancion del derecho, y cree que tiende y debe tender á corregir al criminal y á precaver la repeticion de nuevos delitos: considera además que puede restringir ó suprimir todos los derechos que emanan del Estado ó están colocados bajo su proteccion, excepto la vida, cuya inviolabilidad proclama el citado escritor en absoluto.

Finalmente, en la época actual, se agita en todas partes la opinion pública en lo que se refiere á la cuestion de que nos ocupamos. En las dudas que á las veces suelen con harta facilidad acojerse acerca de la culpabilidad de algun reo; en la compasion que otros criminales excitan y que hace aparecer excesiva y rigurosa la pena; en el terrible espectáculo que las ejecuciones capitales ofrecen á la vista del público, y en los incidentes de diverso género que en ellas ocurren, es en lo que se pretende fundar argumentos contra la pena de muerte. De esta se habla y se discute así en las Asambleas políticas, como en los congresos y reuniones que tienen por objeto el adelanto en las ciencias sociales; y hasta los mismos gobiernos permanecen atentos en este

punto, para conocer en qué sentido se pronuncia la voluntad general y la opinion de los jurisconsultos experimentados.

III.

En semejante situacion, y dado ese estado de cosas, fácilmente se comprende la importancia y utilidad del libro del profesor Gabba; libro en el cual, con vasta erudicion, ha conseguido reunir y compilar, por decirlo así, ese eminente escritor, todo cuanto se ha dicho en favor y en contra de la pena de muerte por los fundadores y adeptos de las diversas escuelas que existen en materia de derecho penal. Examina las doctrinas emitidas por los criminalistas más célebres, con relacion á la base y fundamento del derecho de castigar, y al objeto primordial de la pena, haciéndose cargo de las opiniones que con respecto á la de muerte han manifestado, y que emanan de los distintos puntos de vista de que partieron al resolver aquella cuestion, y de las tésis que con ese motivo plantearon. Ocúpase, pues, de lo que sobre tan importantes y trascendentales cuestiones, opinaron Beccaria, Romagnosi, Carmignani, Rossi, Roeder y otros, sin olvidar á Mittermaier, reasumiendo con acertado criterio y exactitud, todos sus argumentos, y aduciendo luego las razones que sirven, en su concepto, para combatirlos y refutarlos. No se ha propuesto precisamente el profesor Gabba dar en su obra una solucion á la trascendental cuestion de la legitimidad ó ilegítimi-

dad de la pena de muerte, sino que tiene la misma por objeto casi exclusivo, demostrar que no ha sido aquella suficientemente estudiada en el terreno severo é imparcial de la ciencia, que no se ha ilustrado bastante el debate, y que hay que elevarse más todavía en la serena region de los principios, para que sea posible resolverla, sin dejarse llevar del ciego y apasionado espíritu de partido ó de escuela, y mucho ménos de las pasiones políticas que pudieran arrastrar á decisiones aventuradas ó prematuras. Insistiendo en esa idea, concluye por afirmar, que la ciencia no ha resuelto todavía la cuestion, y que mientras no se llegue á ese resultado por los medios que indica, no deben tampoco los legisladores resolverla en el terreno de la práctica y suprimir la pena de muerte proclamando su ilegitimidad, cuando no ha llegado el caso de ver demostrado este punto.

Los hombres estudiosos y aficionados á profundizar las cuestiones, todos aquellos que desean conocer el origen, base y fundamento de lo que se les presenta resuelto y establecido, no queriendo limitarse á una instruccion superficial que fácilmente induce al error, hallarán en el libro de Gabba multitud de ideas y principios de filosofía del derecho penal, que les servirán para fijar resueltamente sus opiniones en puntos de vital trascendencia y notable utilidad en la práctica. Por desgracia, nuestro país, no porque dejen de brillar en él elevadas inteligencias y talentos de primer orden, sino porque de algunos años á esta par-

te, todo lo absorve la política y las luchas de partido, estériles muchas veces, apartan á los hombres de los estudios que exigen tranquila y detenida meditacion, no presenta ese gran número de escritores que en Francia, Alemania é Italia, con sus profundas y reflexivas meditaciones han contribuido poderosamente al progreso de las luces y de la civilizacion, prestando inmensos servicios á la humanidad, y honrando sobre manera á los pueblos que los vieron nacer.

Esto, no obstante, existen aun en España elevadas inteligencias, hombres pensadores que dedicados al estudio en su modesto retiro, ensanchan todos los dias el círculo de sus conocimientos, ávidos de saber, y á quienes las ideas y reflexiones que esta obra contiene, pueden sugerir otras nuevas y de mayor alcance que sean el gérmen que produzca ópimos frutos en su dia y que dé lugar á útiles resultados. Esa consideracion nos ha animado á traducir esta obra: la ofrecemos al público sin otra pretension ni deseo que el de dar á conocer y extender en nuestro país todo lo que se ha pensado y dicho acerca de la abolicion de la pena de muerte, por ilustres escritores extranjeros, á fin de que discurriendo sobre ello, coadyuven otros con sus trabajos á la acertada solucion de tan grave y difícil problema.

Madrid 22 de Febrero de 1870.

Federico Melehor y Lamanette.

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page. The text is arranged in approximately 20 horizontal lines across the page.

Printed text at the bottom of the page, likely a footer or page number, which is also illegible due to fading.

PRÓLOGO DEL AUTOR.

Hace algunos meses, mi ilustre amigo Pascual Estanislao Mancini, me invitó á escribir un prólogo para su aplaudido discurso parlamentario en favor de la abolicion del patíbulo, que iba á reimprimirse. Accedí á su ruego con la condicion de que no me habia de proponer añadir en dicho prólogo argumento alguno á los aducidos por el célebre orador, pues en otro caso, muchos lectores habrian prescindido de mi prólogo considerándolo supérfluo, y como mi ilustre y buen amigo me dejó completa libertad para elegir la tésis que me pareciera mejor, escogí una muy propia por su novedad para atraer la atencion del público. Propúseme, pues, examinar el estado actual de la cuestion de la pena de muerte y los principales argumentos que suelen aducir los defensores de las dos opuestas soluciones, desempeñando mi cometido, más bien como crítico imparcial que como apóstol de ninguna de ellas. Y á la verdad, aunque

afirmen muchos que se ha dicho ya todo cuanto puede decirse para sostener ó combatir la pena de muerte, no veo, sin embargo, que se haya meditado bastante sobre el valor intrínseco de las principales razones que alega una ú otra escuela, ni que se hayan apercibido todos de la aspiracion que se oculta bajo la aparente solidez de muchas de esas razones; originándose de ahí el hecho deplorable de ser en la actualidad las dos opiniones objeto de profunda conviccion de parte de hombres muy autorizados y quererse al propio tiempo decidir la cuestion en muchos Estados, en el terreno de la legislacion positiva.

Indicar las falsas premisas y débiles argumentos que se presentan de uno y otro lado (1) y levantar la cuestion de la pena capital á una esfera más elevada de principios haciendo posible la conciliacion de las dos opuestas escuelas, he ahí el fin que me propongo en el presente tratado.

(1) En el congreso de juristas alemanes que tuvo lugar en Maguncia el año de 1863, se presentó por primera vez la proposicion de la pena de muerte siendo aceptada por cuarenta votos y rechazada por un número igual. Presentada por segunda vez fué aceptada por la mayoría, pero discutiéndola en sesion plena, al paso que antes habia sido debatida por una comision; y es notorio que en todos los congresos se suele discutir con ménos calma y más desórden en las reuniones plenas.

Circunstancias ulteriores, que seria inútil recordar, y á las que fué Mancini completamente extraño, me impidieron entregar mi manuscrito al editor del discurso mencionado y resolví luego publicarle independientemente utilizando así el tiempo y el trabajo en él invertidos.

Pisa 20 de Mayo de 1866.

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

I.

Cualquiera que medite sobre lo elevado y vasto de la cuestion de la pena de muerte, comprende fácilmente que envuelve esta en sí, no solo los problemas fundamentales de la filosofía penal, sino tambien de la civil y hasta de la misma filosofía moral ó ciencia del hombre.

Y á la verdad, preguntar si es ó no admisible la pena de muerte, equivale á preguntar si las razones y fines á que obedece esa pena y que han movido al legislador á llegar en la escala penal hasta el escalon que precede inmediatamente á la pena de muerte, lo impelen tambien de una manera irresistible á subir el último y á coronar el edificio con el verdugo y el cadalso. Si se contesta en sentido afirmativo esa pregunta, nace de ella otra más grave, toda vez que al poner en duda la aplicacion última de un principio, se pone en duda tambien el principio mismo; de manera que una vez establecido que tal ó cual otra teoria penal lleva implícita la justificacion de la pena de muerte, está muy puesto en razon pregun-

tar si es justa verdaderamente dicha teoria, ó en otros términos, presentar como cuestionable la naturaleza misma y el objeto de la pena en general.

Pero la filosofía penal es de tal naturaleza que no se puede distinguir, ni separar en lo que concierne á sus principios fundamentales, de la filosofía moral ni de la civil; así que, todos convendrán conmigo, en que considerada la pena bajo un punto de vista general, puede definirse diciendo que, es un acto que el Estado ejercita sobre los delincuentes, para precaver los delitos por medio de la represion. Mas para pasar de estos términos generales al particular y concreto, es preciso examinar la naturaleza de las causas que impelen al hombre al delito, y cuáles son las fuerzas que pueden apartarle de él; é indispensable tambien ver cuáles de entre ellas y en qué medida, pueden ser puestas en accion por el Estado. La primera de estas investigaciones corresponde naturalmente á la filosofía moral, la segunda á la civil, y entrambas, son complejas. En la primera debe distinguirse la justa parte que atañe á la espontaneidad, de la que corresponde á la coaccion, al establecer la condicion normal del hombre constituido en sociedad, con lo que se consigue poner en claro toda la fuerza dinámica de que se halla pro-

vista el alma humana. En la segunda hay que comenzar por deslindar cuál sea la verdadera mision del Estado con relacion al individuo, y por resolver aquel importantísimo problema de la filosofía civil, cuyo valor en abstracto han comprendido muchos, sin que ninguno hasta ahora haya percibido su estrecha conexion con la cuestion de la pena capital, esto es: si los principios de que se derivan los derechos del Estado y de los ciudadanos son *apodícticos* ó *históricos*, si las necesidades que expresan son teóricas, absolutas ó dependientes de un hecho casual. En la segunda investigacion no deben separarse las nociones de lo útil de las de lo honesto, ni determinarse el punto extremo á que se debe llegar, cuando se emplean los medios lícitos para apartar á los hombres del delito, por solo el número de obstáculos que haya que vencer, perdiendo de vista los múltiples deberes que la sociedad y el Estado tienen que cumplir con respecto al individuo y los varios caminos que pueden tomarse para llegar al fin propuesto. Y debe fijarse tanto más la atencion en este punto, cuanto que acontece con frecuencia en las ciencias morales, que al traspasar cierta medida, se desnaturaliza por completo el medio y la fuerza de que se hace uso, ó hablando en lenguaje filosófico, que la calidad y la canti-

dad son dos categorías que se confunden muchas veces en sus aplicaciones. Tampoco debe echarse en olvido que siempre que se discuta acerca de si es ó nó admisible una pena, habrá que calcular cuál es el menor de los varios inconvenientes que se tocan, puesto que la pena es y no puede dejar de ser un mal, y no presentándose nunca los males solos, todo inconveniente principal trae otros accesorios. Así que, al elegir la pena que deba imponerse á un delito, ni se puede dar lugar á que se objete que el remedio es peor que el mal, ni se debe temer por otra parte la objecion que puedan hacer los que para excluir dicha pena, aduzcan un inconveniente de los que la acompañen.

La cuestion de la pena de muerte es tan vasta y envuelve tantas otras, que si se comparan las dificultades que se acaban de indicar con los argumentos que se han aducido para defenderla ó combatirla, no se puede ciertamente conceder á la gran mayoría de los escritores, el mérito de haberla tratado como es debido, ni de haberla estudiado suficientemente, ya que no resuelto de un modo terminante.

No debe eso sorprendernos, porque vivimos en un tiempo en que la libertad de escribir no siempre va acompañada del sentimiento de la

propia responsabilidad en el escritor y del deber que le incumbe de estudiar y discurrir mucho, antes de dedicarse á debatir graves materias y argumentos. Periodistas, oradores de meeting y charlatanes sin ciencia ni erudición, tratan, ó mejor dicho, maltratan las cuestiones más árduas de filosofía civil, viendo únicamente uno de sus lados cuando no se quedan completamente fuera de ellas. Los argumentos que aducen y sus discusiones, son otros tantos golpes en vago ó esfuerzos que se equilibran; en términos, que en sus manos la cuestión no avanza un solo paso, y que el pueblo que no sabe juzgarlos, ó aprende á ser escéptico, ó lo que acontece con más frecuencia, da la razón al que, perjudicándole, favorece y halaga sus pasiones, que son las más de las veces el móvil que impulsa al mismo que pretende ser su maestro y guía. Ahora bien; en circunstancias tales, ¿no es de temer que una cuestión tan agitada, y como suele decirse, de tanta actualidad como lo es la de la pena capital, haya dado lugar á investigaciones parciales, á puntos de vista contradictorios aun en los mismos partidarios de la misma idea: en una palabra, á una verdadera y profunda anarquía intelectual?

Me ocuparé, pues, de describir en breves rasgos el estado actual de la cuestión de la

pena de muerte, y de hacer entrever los medios más oportunos de elevarla, examinando sucesivamente los principales puntos de vista bajo que ha sido considerada por los defensores de las dos opuestas opiniones. Esos puntos de vista son, á mi entender, los siguientes: *El fin á que tiende la pena,—la naturaleza moral del hombre,—los derechos del Estado con relacion al individuo,—los efectos inmediatos de la pena capital.*

II.

Tomando por punto de partida el fin á que tiende evidentemente la pena, que no es otro que el de precaver los delitos por medio de la represion, esto es, haciendo recaer sobre el culpable el mal con que se le amenazara anteriormente, la mayoría de los criminalistas de todos los tiempos hizo depender la índole y medida de la pena, de lo que prácticamente exigia la necesidad de precaver el delito. Semejante doctrina penal que bien puede llamarse como la llamaré en adelante, doctrina política, cuenta el mayor número de partidarios, desde Platon que dijo debian castigarse los delitos, no porque se hubiere pecado, sino para que no se pecara, hasta Beccaria que condenó la pena de muerte porque no la juzgó

necesaria ni creyó podía prestar utilidad alguna para el objeto de apartar á los malvados de los más atroces delitos (1). Esta doctrina domina todavía en el siglo presente, muy particularmente en Italia, puesto que si bien se suele designar por su principal sostenedor á Romagnosi, descende este no obstante en línea recta, por decirlo así, de Beccaria; y Rossi y Carmignani no han sido ménos políticos que Beccaria y Romagnosi al fijar las reglas de criterio que han de presidir á la graduación de las penas.

En la cuestión de la pena de muerte, los principales sostenedores de la doctrina política, fueron por lo general consecuentes con las premisas que habian establecido con respecto

(1) A esta escuela pertenece tambien Frank, profesor del colegio de Francia en su obra *Filosofía del Derecho penal* (París 1864.) Hé aquí sus palabras: «El derecho de represion no es nada sino va acompañado del de intimidacion, y este último es precisamente el que constituye la base de la ley penal..... La penalidad, exceptuando únicamente el principio de espiacion, viene á refundirse toda entera en el derecho de intimidacion (páginas 115 y 118.)»

Es singular ver á este escritor combatir la doctrina que tiende á precaver los delitos con los mismos argumentos de Rossi. No percibe la contradicción fundamental que su sistema envuelve y que puso ante su vista con gran claridad el profesor Haus de Gante en su obra titulada *Del principio de la espiacion considerado como base de la ley penal.* (Gante 1845.)

al objeto de la pena. Es evidente que si la pena en general tiene por único objeto apartar á los hombres del delito, atemorizándolos, no podrá admitirse pena alguna determinada, que no se halle dotada de esa eficacia de intimidacion, y se la deberá dar cabida por el contrario, apenas quede demostrada su eficacia práctica.

Así raciocinaban en efecto los criminalistas políticos que llegaron no obstante á diversas y opuestas conclusiones, solo porque fueron tambien diversas sus opiniones en lo concierne á uno ú otro de los dos puntos que ha poco deho indicado. Romagnosi y Rossi admitieron la eficacia de intimidacion de la pena capital, pero manifestando al propio tiempo que su necesidad era contingente y variable y de ahí el que negaran que pueda dicha pena ser aceptada ó excluida de un modo absoluto. Beccaria rechazó la pena capital porque no la juzgó útil ni necesaria, y Carmignani sin poner en duda su eficacia en la práctica, la excluyó igualmente porque no la consideró necesaria, toda vez que en su opinion podia suplirse la pena del patíbulo con la de cárcel perpétua (1).

(1) Véase el apéndice del final de la obra.

III.

Prescindiendo ahora de juzgar el mérito de esas diferentes soluciones, bajo el punto de vista elegido por los escritores que acabo de mencionar, y pasando á considerar ese punto de vista en sí mismo, no creo equivocarme al afirmar que todos ellos incurrieron en el defecto de examinar la cuestion solo por una de sus fases.

Y á la verdad, nadie podrá negar, una vez concedido que la pena es un mal de pasion asignado á un mal de accion, que no se encuentre en ella la apetecida eficacia práctica para precaver los delitos. ¿Pero quién se atreverá á asegurarme que pueda el Estado servirse de la pena, solo porque envuelve esa utilidad práctica, sin atender á ninguna otra cosa y encerrándose únicamente en ese pensamiento? Al imponer un castigo, el Estado se coloca frente á frente del individuo, y por consiguiente ¿no deben ser moderados y apreciados los derechos de este último, comparándolos con los del Estado, y de esa apreciacion no podrán por ventura surgir consecuencias algo diversas de las que pueda traer la sola razon de Estado? El individuo tiene un fin y un criterio morales, y la sociedad no puede

tenerlos suyos propios y contrarios á los del individuo, de manera que es posible que la moral venga quizá á oponer su veto á las rigorosas consecuencias del principio político. ¿La pena de muerte, en particular, no podría por ventura ser victoriosamente condenada por la moral á pesar de haberla aceptado la política como evidentemente útil y necesaria?

Los escritores arriba citados no solo no contestan á esas preguntas, sino que ni siquiera se han fijado en ellas, y en eso consiste lo defectuoso de su punto de partida. Han considerado únicamente la pena en su relacion con los intereses del Estado y no han procurado marcar los límites de los derechos recíprocos del Estado y del individuo, no han tenido para nada en cuenta los principios de la moral, sin los cuales es imposible fijar dichos límites. De ahí el que puedan basarse sólidamente las doctrinas de la escuela política en las premisas de que parte y que no obstante eso, fundándose en otras diversas, se pueda llegar sin dificultad alguna á consecuencias opuestas.

Y ciertamente hiciéronse contra la doctrina política muchas objeciones que sus mismos defensores fingieron ignorar ó no supieron refutar: por ejemplo, se objetó que si hay que medir únicamente la calidad de la repre-

sion por la rudeza del ataque criminal, podrá ocurrir que se aplique mayor pena al infanticidio que al asesinato, y que las Virgenes Milesias deban ser juzgadas con más rigor que una asociacion de malhechores. Romagnosi, con su gran talento y leal carácter, previó la objecion, y creyó desvanecerla distinguiendo de culpas, con lo que solo consiguió oscurecer su principio fundamental. Rossi objetó del mismo modo á Romagnosi que en su sistema el individuo no es más que un resorte de la máquina social, toda vez que en él no son consideradas ni castigadas las acciones en sí ni por sí mismas, sino únicamente mirando al porvenir, esto es, á la posibilidad ó probabilidad más ó ménos grande de que se cometan nuevos delitos.

Rœder, profesor de Heidelberg, dió mayor fuerza á las objeciones de Rossi argumentando de este modo: si amenazais con la pena solo para evitar ó precaver el delito ¿por qué la aplicais, pues, cuando ya ha sido perpetrado? El hecho ha venido á demostrar la insuficiencia de la amenaza y ya no podeis tener otro motivo para llevarla á cabo, que el frívolo orgullo de no haberla hecho en vano (1).

(1) Es ciertamente muy lógica la observacion que hace el profesor Haus, diciendo que del principio que establece que

Ahora bien ¿se apoyan acaso estas y otras objeciones semejantes en otra cosa que en las razones morales desatendidas por la doctrina política? Están indicando bien á las claras la profunda discrepancia que existe entre el criterio político de una de las escuelas criminalistas, y el criterio moral de la humanidad de todos los tiempos y paises.

IV.

Tambien las consideraciones morales fueron, segun se deja dicho, la base fundamental de algunas de las doctrinas referentes á las penas en general y á la de muerte en particular; pero el exclusivismo de esos puntos de vista, debia producir consecuencias análogas á las que, segun se acaba de ver, produce la doctrina política. Fácil me será demostrarlo.

Las razones morales de la pena, son las que muy especialmente despues del triunfo del cristianismo, se han difundido más y alcanzado mayor influencia en la conciencia popular. Todavía en la actualidad, la idea de la espia-

en la pena solo debe atenderse al porvenir y no al pasado, vendria nada ménos que á deducirse la inutilidad de la defensa del acusado, puesto que bastaria la apariencia de haber cometido el delito para que debiera servir aquella de ejemplo (Obra citada pág. 36.)

cion moral justifica muchas veces á los ojos del pueblo los más severos castigos y hasta la misma pena de muerte; de modo que el caso que Tommaseo refiere, (La pena de muerte, pág. 147) de aquel condenado á la pena capital que manifestaba á Rosmini que era la muerte poco castigo para él, no es un hecho singular ni rarísimo en los anales de la justicia criminal. Bien puede decirse con Mamiani (Cartas de Terencio Mamiani á Pascual Estanislao Mancini, Turin, 1863; pág. 46), que el pueblo no sabe distinguir el fin espiatorio de la pena, del fin preventivo.

Pero la aplicacion de las consideraciones morales al derecho penal y á la cuestion de la pena de muerte, dió origen á conclusiones que discrepaban mucho unas de otras, é hizo que algunos modernos llegaran á desechar hasta la idea misma de la pena. En obsequio de la brevedad, hablaré tan solo de las dos doctrinas ético-criminales que en mi concepto discrepan más una de otra, á saber: la doctrina de la espiacion (1) y la de la correccion del

(1) Dice muy bien el profesor Haus de Gante, (*El principio de la espiacion considerado como base de la ley penal*. Gante 1845.) «¿La ley moral aplicada al derecho de represion es por ventura otra cosa que la justicia distributiva que dicta reglas para el ejercicio de ese derecho, es decir, el principio mismo de espiacion?»

reo. La una, muy antigua y sancionada por todas las religiones, impone al autor de un delito un mal proporcionado al que él produjo, para reparar de ese modo la ofensa inferida á la justicia, cuyo sentimiento todos poseen, y que fué ofendido y perturbado por el delito. La otra opinion, reciente y más esparcida hoy dia que la primera, declara injusto y perjudicial que la sociedad intervenga despues de la comision del delito, como no sea con la tendencia de poner en el camino del culpable los gérmenes de una sincera y eficaz enmienda.

V.

La doctrina de la espiacion tiene por objeto el restablecimiento del órden moral por medio de la retribucion del mal con el mal. Es la más pura expresion de la máxima mosáica: *diente por diente, ojo por ojo*, ó en otros términos, la fórmula del Talion. Esta doctrina es, no obstante, la base de la ética religiosa en las dos religiones conocidas que más se han difundido; á saber: el cristianismo y el budismo y está contenida en el principio de que la penitencia borra el pecado.

Sin embargo, pocos filósofos toman en la

actualidad la idea de la espiacion por punto de partida para sus investigaciones acerca de la pena en general y de la de muerte en particular. Me refiero á los filósofos verdaderamente dignos de este nombre; esto es, á los que no confunden la ciencia moral con la teología. Entre los antiguos, Platon era el que, inspirándose en la teoria de la espiacion, decia que el delincuente debe recurrir á la pena como recurre el enfermo á la medicina: en la actualidad, solo suelen decir esto los teólogos. Haus di Gaud es entre los criminalistas franceses de nuestro siglo, el defensor más intrépido del principio de la espiacion; y Rossi, Mamiani y Pessina, italianos, sostuvieron ingeniosamente el mismo principio. (Véanse las cartas del segundo y el *Diario de Ellero* para la abolicion de la pena de muerte. Cuaderno VI, pág. 152.)

Los partidarios de la doctrina de la espiacion se mostraron casi siempre favorables á la pena capital y es obvia la relacion que existe entre la premisa y la consecuencia, puesto que no pudiendo hacerse desaparecer la violacion del órden moral sino por medio de una justa proporcion entre el mal del delito y el de la pena impuesta al culpable, es muy natural que solo deba obtenerse la espiacion de los delitos más enormes con la aplicacion de

la más grave de las penas (1). Mamiani empero, no se explica con claridad en lo concerniente á la pena capital, y por otra parte Pessina es de los pocos que despues de aceptar la base de la espiacion, se han declarado contrarios á dicha pena (2), y me parece patente lo ilógico de su racionamiento. Concédole en buen hora, que segun lo pretende estribe únicamente la reparacion penal en la negacion de la actividad libre del delincuente; pero aun cuando así sea, siempre tendremos que esa negacion no implica solo la detencion del reo, puesto que por el contrario la muerte puede ser considerada como la mayor negacion de su actividad, puesto que llega á destruirla por completo privándola de su base natural que es la vida.

(1) Tal es en resúmen la doctrina sostenida en un folleto reciente de Pfotenhauer, titulado *La pena de muerte*. (Berona 1863.)

(2) Tambien Geyer, profesor de Innsbruk niega la pena de muerte despues de haber profesado la doctrina de la espiacion. (Diario para la filosofia exacta. Lipsia 1862, tomo segundo pág. 247.) De esta doctrina dice, no se infiere que deba imponerse al delincuente el mismo mal que causó, sino únicamente la misma cantidad de mal. Debiera sin embargo, ese escritor, haberse fijado en que la pena de muerte puede ser un mal que sobrepuje en cantidad á todos los demás y que no pueda conmutarse con ningun otro.

Las consideraciones que dieron origen á la doctrina de la espiacion, fueron deducidas en todos los tiempos como ya tengo dicho, de hechos morales universalmente experimentados. Todos los hombres comprenden que las acciones humanas constituyen, segun que son buenas ó malas, un mérito ó un demérito para sus autores, es decir, un título para el bien ó para el mal, ya sean estos morales ó sensibles y materiales. Todos sienten repugnancia y que se subleva su alma, contra un órden de cosas en que la virtud acarree la desgracia y el delito apacibles goces, y así como pueden permanecer impasibles ante el espectáculo que ofrece la virtud destituida de recompensa, no acaece lo mismo á la vista del delito impune porque no es tan estrecha la obligacion social de hacer bien á los demás, como la de no causarles daño alguno. Estos sentimientos, repetido, son tan antiguos y universales como la civilizacion misma, y forman parte de las bases inconcusas de la historia eterna del género humano. El cristianismo con la doctrina de la penitencia espontánea de las culpas no hizo otra cosa que completar la aplicacion del principio de la espiacion, extendiéndola no solo á las culpas que caen bajo la sancion social sino tambien á las que únicamente son reveladas por la conciencia y que pueden sus-

traerse á la pena; y esa doctrina no hubiera podido llegar á ser una universal conviccion de los pueblos modernos, si no hubiese tenido como tenia tan profundas raices en los sentimientos morales de todos los hombres. Nótese además que si bien es cierto que el principio de la retribucion del mal por el mal, parece conforme á justicia á los ojos de todos, tomado en su generalidad, no cesa tampoco de serlo en todas sus aplicaciones. Por otra parte, aunque el valor moral del delito y el valor físico de la pena sean dos elementos heterogéneos, no por eso se ha juzgado nunca imposible encontrar la justa proporcion entre el delito y la pena, porque la humanidad siempre ha creido factible distinguir varios grados de malicia en las acciones criminales; de modo que, subiendo del minimum del mal punible, que la experiencia ofrece á otros sucesivamente mayores, guardando la correspondiente relacion con los de la malicia que presidió á la comision del delito, fué siempre posible tener códigos penales que no sublevaran el sentido moral de los pueblós. Las leyes de *Dracon*, que se inspiraron en otros principios, parecieron por la misma razon excesivas, y no pudieron durar; y no ha habido ningun legislador que haya establecido de otra manera la escala de

las penas por mucho que se apartaran sus doctrinas penales de la de la espiacion (1).

VI.

El lado débil de la doctrina penal de la espiacion, se evidencia tambien por los mismos hechos morales de que ha sido derivada, y explica el descrédito en que ha caido entre la mayor parte de los filósofos modernos. Esos hechos morales nunca han sido analizados; nadie se ha dado razon exacta de ellos y los partidarios de la espiacion se han contentado con afirmarlos y elevarlos á principios. Mamiani y Rossi que fueron ciertamente los defensores más ingeniosos y francos de la moralidad en las doctrinas penales, desesperaron con justo motivo de encontrar la razon de la relacion que media entre el mal moral y el mal físico. El primero la comparó á la que existe «entre el espíritu y el cuerpo, y entre los efectos particulares y la causa uni-

(1) Siempre me ha parecido un problema insoluble la graduacion de las penas con arreglo á la doctrina de Romagnosi, y á la verdad ó se admite el absurdo de una agresion única y constante de parte de los culpables y una medida invariable de la pena ó se deja al juez cierta latitud para graduarla, quitando la defensa preventiva que va adherida á la pena, porque *voluntas non fertur in incognitum*.

versal» (cartas citadas, página 56); el segundo afirmó, «que no era dado á la lógica explicar la relacion que hay entre el mal moral y el sufrimiento físico impuesto por razon de ese mismo mal» (citas de Mamiani id.) Pero aquí no se trata de esos instintos primitivos de la naturaleza, verdaderamente inesplicables y que impelen al hombre á obrar en el sentido para que ella misma le ha predispuesto, sino de un juicio que los hombres forman acerca de la necesidad de la pena á fin de conseguir la tranquilidad y satisfaccion de su ánimo contristado por el delito; esa opinion debe poder ser juzgada á su vez como lo son todas las demás. La particularidad de formar todos los dias y de la misma manera los hombres esa opinion, podrá aconsejar ciertamente mucha prudencia y circunspeccion al someterla á exámen, pero no es suficiente motivo para imponer al filósofo una ciega aprobacion.

Las objeciones que mil veces se han opuesto á la doctrina de la expiacion, han debido principalmente su origen á la indicada carencia de una demostracion científica. Han dicho los adversarios: la pretendida expiacion de que no nos dais razon alguna, no se diferencia en nada de la venganza; es la venganza que la sociedad lleva á efecto, colocándose en el lugar del individuo y nadie se atreverá, no ya

á establecer sobre esa venganza la base de una doctrina penal, sino que ni tampoco á llamarla principio moral. Por otra parte se observó «que teniendo por objeto la espiacion moral del delito, la justicia absoluta, no puede ser justamente graduada por la sociedad, sino solo por Dios, autor y juzgador supremo de las leyes del órden moral; y se dijo además que el resultado á que tendia la espiacion no era de tal índole, que pudiera la sociedad mostrarse satisfecha, puesto que al paso que la espiacion tiene por objeto dar satisfaccion á las conciencias ofendidas ó perturbadas por el delito no castigado todavía, por su parte, la justicia penal tiende á precaver los delitos futuros por medio de la represion de los ya cometidos. La espiacion, observan finalmente los adversarios de esa teoría, justificaria no solo la pena capital, sino tambien la muerte ejemplar y las otras penas corporales de menor importancia, considerándolas como grados intermedios proporcionados en la escala de los males físicos, á los de la humana perversidad; y sabido es, que la moderna civilizacion en su natural desenvolvimiento, produjo con su irresistible impulso la abolicion de esas penas y las condenó para siempre.

VII.

Tales son en sustancia las razones con que muchos combatieron y condenaron la doctrina de la espiacion; pero el que examine con calma é imparcialidad los argumentos aducidos por una y otra parte, no puede, en mi concepto, conceder el triunfo á ninguna de las dos opiniones. Los partidarios de la espiacion, toman por punto de partida la necesidad que hay en las doctrinas penales de conceder la debida influencia á las leyes de la moral, y en ese punto se apoyan en el universal convencimiento que da origen á esa íntima satisfaccion que las penas justas producen, á las veces hasta en los mismos que la sufren. ¿Podrá alguien creer que un convencimiento tan general, antiguo y eficaz, no contenga algo por lo ménos de verdad? Mas por otra parte, tampoco es dudoso que la conveniencia social y la idea previsorá del castigo no pueden ser echadas en olvido al establecer la teoria penal y que la doctrina de la espiacion por sí sola, no tiene para nada en cuenta esas miras y puede por eso llevar á consecuencias muy diversas de las que aquella requiere.

Ahora bien, ¿no deberemos deducir de todo esto, que tanto los partidarios de la moralidad en el derecho penal, como los que no ven en la pena más que el fin preventivo, han dicho igualmente cosas acertadas y erróneas y se han arrebatado alternativamente con igual derecho, la palma de la victoria que no corresponde ni á los unos ni á los otros?

Afirmarlo así, equivale á afirmar, partiendo de un nuevo punto de vista, lo que forma el principal asunto de este libro, esto es; que si se quiere establecer en lo relativo á la pena en general y á la de muerte en particular una doctrina que satisfaga por completo, es preciso examinar por todos sus lados y no por uno solo, la cuestion, porque es compleja y afecta muchos y diversos intereses que no pueden ser contradictorios por la sencilla razon de que no hay dos verdades incompatibles. La falta de que adolecen hasta el dia las doctrinas penales, constituye el defecto dominante en la actualidad en los estudios de la ciencia social: se echa de ménos una síntesis vasta y profunda que suprima esa multitud de antinómias que movieron á muchos á negar, no ya la existencia, sino hasta la posibilidad de una filosofía social verdadera y propiamente digna de ese nombre. En el campo de las ciencias naturales no se dejó sentir esa necesidad de la

síntesis, ni habria podido ser satisfecha una vez sentida, pero precisamente en eso estriba la diferencia fundamental que existe entre las ciencias que se apellidan naturales y las especulativas, á cuyo número pertenecen las morales y sociales.

Y sin embargo, pocos comprenden esa diferencia; está de moda, por decirlo así, entre los filósofos del dia, establecer reglas de método aplicables á todas las ciencias indistintamente, error grave y perjudicial, que si se difundiera, haria que las ciencias morales fueran completamente estériles. Hace falta una obra especial en que se desenvuelva un problema importantísimo y que juzgo útil proclamar, á saber: que las cuestiones penales, como todas las sociales, son extraordinariamente complejas y que requiere su solución, que una fecunda síntesis suceda al análisis que concienzudamente haya puesto antes en claro y apurado los múltiples elementos de que se componen.

No faltó, ciertamente, quien entreviera la necesidad de conciliar en la filosofía de las penas, la política social con la moralidad; aludo á Pelegrin Rossi. Tal es el carácter que se trasluce en su doctrina penal, muy especialmente en el último libro del *Tratado de derecho criminal*, en que discurre acerca de la pe-

na (1). Pero se me figura que no ha tenido éxito la tentativa de Rossi y la conciliación que propone entre el principio de la expiación y el que tiende á precaver los delitos; me parece más bien ecléctica y exterior, que íntima y orgánica. La doctrina puede reasumirse brevemente en estos términos: la justicia social forma parte de la absoluta, es la misma justicia absoluta que el Estado proclama y hace valer solo en cuanto lo exigen las necesidades del orden social; la pena es la retribución del mal con el mal, retribución reclamada por la justicia absoluta y graduada por el Estado, únicamente en la proporción que la tutela preventiva del orden social requiere. Con estas proposiciones, viene á afirmarse que los mismos hechos, esto es, los que llevan implícita la violación de las leyes del orden

(1) El profesor Haus, discípulo de Rossi, resume del modo siguiente sus consideraciones acerca de la base de la ley penal: (opúsculo citado pág. 71.) «El derecho de castigar que el Estado ejerce reconoce una doble base: descansa sobre el principio de la conservación social, esto es, del interés público y sobre el principio de la expiación ó del demérito. Uno y otro aislados son impotentes para justificar la pena impuesta en nombre de la sociedad, y es preciso para que produzcan ese resultado que se combinen y se auxilién mutuamente.» Pero yo haré ver un poco más adelante que el profesor Haus no ha comprendido los verdaderos términos de la conciliación entre esas dos escuelas tan bien como comprende la necesidad que existe de dicha conciliación.

social, interesan á este á la par que al órden moral; ó lo que es lo mismo, á la justicia relativa y á la absoluta; de manera, que viene á existir una identidad esencial entre las exigencias de los dos órdenes indicados. Al decir que la pena impuesta por la sociedad es, en sustancia, el mal que la moral absoluta requiere como consecuencia del delito, se establece una relacion meramente exterior entre la espiacion y la pena, relacion que no excluye que pueda ser graduada esta última sin tener para nada en cuenta las razones de la justicia absoluta (1). Si no se hace consistir la conciliacion entre la doctrina moral y la política, en la identidad perfectamente demostrada de

(1) El profesor Haus en la publicacion que dejo citada ha reproducido el eclecticismo de Rossi. Dice: «Si el mal social producido por la accion punible es ménos grave que el moral que de ella resulta, la medida de la penalidad impuesta por la justicia humana debe ser superior á la del castigo que el culpable mereceria, bajo el punto de vista de la justicia absoluta (páginas 41 y 51.)»

Mas, ¿cómo no ve el que así piensa que si la necesidad social puede ser un obstáculo que impida la total aplicacion de la pena requerida por la moral, no puede decirse que esta sirva de base y motivo á la ley penal? Por otra parte no se comprende, porque siendo así que la utilidad social puede aconsejar un castigo menor que el exigido por la moral, no deba poder tambien exigir en otro caso un castigo mayor. La ley moral ha sido igualmente violada en ambos casos.

ambas, viene á quedar reducida á un vago é inconexo eclecticismo (1).

VIII.

Otra escuela criminal enteramente distinta de la de que dejo mencionada en sus tendencias y resultados, pero que conviene con ella en la persuasion referente á la necesidad de conciliar los intereses políticos de la sociedad con los de la moral, es la que he llamado antes escuela de la correccion moral de los delincuentes.

Este principio, que ha sido considerado como la mejor garantía del orden público y

(1) Platon dice: *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccatur*. En vez de esto el sentido comun comprende que se imponen las penas porque se ha pecado y para que no se peque. ¿Cómo podrán conciliarse verdaderamente esos dos conceptos sino demostrando que la impunidad de los delitos es inmoral porque subvierte el orden de la sociedad y da origen á otros nuevos y más numerosos? Aunque no ha llegado á hacerse hasta ahora esa demostracion, no ha dejado de contraer gran mérito Rossi, al demoler el exclusivo imperio que venia ejerciendo el principio politico. César Cantú (*Beccaria y el derecho penal*. Florencia 1862, pág. 290) Solo sabe decir acerca de la doctrina de Rossi que se la sugirieron sus amigos y protectores. No es de extrañar tanta brevedad en un escritor profano á la filosofía del derecho, pero lo que sí sorprende es que profiera esas palabras tan maliciosas, quien se dice escritor de libros honestos. (Véase la dedicatoria de la citada obra.)

como el mayor servicio que ha podido hacerse á la humanidad, no es antiguo en la historia del derecho criminal, ni tampoco muy reciente. Desde que se dejó oír por primera vez la voz de los filántropos contra el antiguo sistema carcelario, que colocaba á los delincuentes en tal disposicion, que volvian al seno de la sociedad más pervertidos que antes, hasta que se elevó á máxima y se puso en práctica el sistema llamado penitenciario, se fué abriendo paso el principio de la enmienda en la opinion pública, y concluyó por ser considerada universalmente, como sucede hoy por el fin á que tiende de un modo imprescindible la pena y que va acompañado al propio tiempo del referente al objeto de precaver el delito, juzgándolo únicamente imposible en la pena capital en los países en que esta subsiste. Pero la escuela de que me estoy ocupando, no se limita á considerar la enmienda del culpable como uno de los objetos á que va encaminada la pena, juntamente con el de evitar la frecuente repetición del delito, sino que en vez de eso, lo erige en objeto único, esencial. Esta escuela, que data de poco tiempo, no es numerosa, y hasta puede decirse que muchos pertenecen á ella sin advertirlo, si se atiende á las opiniones que han emitido, no con relacion al principio penal en general, sino á la

cuestion concreta de la pena de muerte. Espero no desagradarán á mis lectores algunas aclaraciones acerca de este punto de la historia contemporánea de las doctrinas criminales.

Augusto Røeder, profesor de derecho criminal en la Universidad de Heidelberg, fué el primero de que yo tengo noticia que combatió el principio admitido en todos los tiempos y lugares, que establece, que la pena es un mal, *malum passionis pro malo actionis* como decia Grocio. En un breve folleto, titulado *Comentatio de questione, an paena malum esse debeat*; publicado en 1839, sostuvo que la vieja doctrina que enseña, que la pena era un mal, era una antigualla y una preocupacion vulgar, que algunos doctos habian confirmado imprudentemente, pero que desinentian los hechos y la lógica. La pena, dice, solo puede ser eficaz cuando se dirige contra la verdadera raiz del mal del delito, esto es, contra la corrupcion moral del delincuente, en términos que pueda este acojerla como un beneficio, y no debe por tanto consistir más que en la privacion de la libertad, empleándola como medio de someter al culpable á una conveniente educacion que produzca la enmienda. Las penas afflictivas no hacen más que irritar el ánimo del reo, y lejos de prote-

jer á la sociedad, perpetúan y aumentan los motivos de delinquir. Aunque la afliccion que con la pena se causa, continúa Røeder, pueda obrar indirectamente y producir así una espontánea enmienda moral, es empero mucho más útil á la sociedad, contribuir directamente á ese resultado empleando los medios oportunos para obtenerlo. Porque observa el mismo autor, que sino se admite la teoría de la enmienda de los delincuentes, será forzoso recurrir á una ú otra de las dos escuelas; á la que tiende á precaver por medio de la repression, ó á la que tiende á precaver por medio de la espiacion, y con ese motivo reproduce las objeciones que suelen hacerse impugnando ambas doctrinas.

La de Røeder sorprendió á todos, y pocos, aun entre los alemanes, la aceptaron tal cual la habia presentado. Era natural que sucediera esto, porque prescindiendo de otros motivos, existia para ello el muy poderoso, de contradecir esa doctrina las opiniones universalmente admitidas. Solo dos escritores, Ahrens y el procurador de Estado K. Gotting la han acogido hasta ahora uniéndose á ellos en 1858 el portugués Levy Maria Jordao, pero la conviccion y ardor con que el maestro defendió la nueva doctrina fueron en aumento desde 1839. En 1863 volvió á publicar en aleman la

susodicha memoria latina en la interesante obra que tituló: *La ejecucion de las penas segun el espíritu del derecho*, y que adicionó al año siguiente con un *Llamamiento al buen sentido del pueblo aleman*, sosteniendo la misma teoría. Røeder se ha mostrado en sus escritos recientes, consecuente con las proposiciones que dejára sentadas con anterioridad, hasta el punto de excluir, no ya solo la pena capital, sino tambien la de cárcel perpétua, mostrándose partidario acérrimo del sistema de la liberacion condicional que ya conocerán mis lectores, y que viene practicándose de algunos años á esta parte en Inglaterra. Pocos hombres igualan á Røeder en la firmeza de conviccion y en lo lógico de las consecuencias.

La escuela fundada por Røeder y que establece el principio de la sustitucion de la pena por la correccion ó enmienda del culpable, considerada con relacion á la pena capital, es verdaderamente la única que puede sin vacilacion alguna condenarla. Háse visto ya que la escuela que trata de precaver los delitos no se halla completamente de acuerdo, en cuanto al punto de si debe conservarse ó abolirse la pena de muerte, y que la de la espiacion ha proclamado siempre la justicia del patíbulo. Nadie podrá esperar que ningun discípulo de Røeder intente poner en armonía estas dos

ideas; *enmienda del reo y muerte del reo.*

He manifestado antes, que hay algunos que aisladamente y sin darse cuenta de ello, se muestran partidarios del nuevo principio de la sustitucion de la pena, por la enmienda, y basta para convencerse de ello, fijar la atencion en ciertas objeciones que se hacen contra la pena de muerte considerada con separacion de las demás. (1)

Suele hacerse con frecuencia la reflexion de que la pena de muerte quita al delincuente la posibilidad de la enmienda, de que ningun hombre debe verse privado por miserable que sea, y que los hechos han demostrado tiene lugar á veces cuando ménos pudiera esperarse. La mayor parte de los que así discurren, no creen pertenecer á la escuela de Røeder, y en la misma Italia, donde muchos adujeron la susodicha objecion, fué combatida la doctrina que sustituye la correccion á la pena, por los más hábiles criminalistas entre los que se cuentan Carrara (*V. El Preludio* leído el 17 de

(1) Tommasio, pertenece al número de los que han confundido para combatir la pena de muerte, la pena con la correccion. En muchos pasajes de su obra *De la pena de muerte* se nota esa confusion, v. g. (páginas 16 y 118.) Sorprende que no haya presentado con más claridad y solidez en cierto sentido sus conceptos, siendo así que profesa abiertamente la misma tesis de Røeder.

Noviembre de 1863 (en Luca) Pessina (V. el *Diario de Ellero* cuaderno VI, pág. 147) y Arcieri. (*Eco de los Tribunales*, Venecia, 1863, núm. 1.327-29 (1).

Y á la verdad, así como nunca ha sido considerada la pena capital por sus mismos defensores, mas que como un completo sacrificio del individuo exigido por la necesidad de precaver los delitos y por la de la espiacion, del mismo modo los que sostienen que aun en esos casos no puede ser admitida por la sola razon de que el individuo es totalmente sacrificado á la sociedad, vienen á decir en sustancia, que no puede perderse de vista el bien del individuo al imponerle el castigo, ni aun cuando las exigencias de la espiacion ó de la conveniencia de evitar el delito, alcanzan su más alto grado, lo que equivale á afirmar, no solo que el bien del reo, esto es, su enmienda moral, es uno de los fines á que esencialmente tiende la pena, sino que es el único esencial. ¿Y no es esta la misma teoría de Røeder? El

(1) Tambien el profesor Recchia de Bari, alzó la voz contra las exageraciones del principio de la correccion en el derecho penal (Discurso para la inauguracion de la cátedra universitaria de derecho penal en Bari en 1865, pág. 41.)

raciocinio es óbvio, y apesar de esto se oculta á los que debieran hacerlo. (1)

La doctrina de Røeder como lo he hecho ya notar, es verdaderamente revolucionaria: suprime el sugeto mismo sobre que giraron hasta su aparicion las varias doctrinas penales; es decir, la pena considerada como un mal que la ley impone al que la violó con el delito. No hay por tanto posibilidad de juzgarla confrontándola con las demás, como lo he hecho con cada una de estas, para averiguar por qué lado de la cuestion penal es excesiva ó defectuosa. Encontrándome, sin embargo, frente á frente de una teoría, que si fuese verdadera, haria inútil y vano mi propósito de buscar la verdad y la falsedad que envuelven las doctrinas dominantes, en lo relativo á la pena en general ó á la de muerte en particular, no me

(1) Entre los pocos criminalistas italianos que abrazaron la teoría de la correccion como objeto único y esencial de la pena se cuenta al abogado Francisco Poletti que se mostró más franco é ingenioso que todos los demás, en su obra *El derecho de castigar y la tutela penal* (Turin 1853.) Sustituye á la pena la *tutela* del reo, la cual cesa de ser un mal (página 308) y debe producir la enmienda del reo (pág. 312.) Enérgica fué la defensa que de ese principio publicó en 1856 en Milán el ilustre doctor Emilio Serra GropPELLI, con el título: *Las teorías penales y el porvenir; pensamientos de un jóven.* Tambien el senador Dragonetti ha expuesto, con claridad y franqueza, ideas idénticas á las de Røeder. (Véase el *Diario de Ellero*, cuaderno 8.º, pág. 35 y siguientes.)

parece justo limitarme á una simple exposicion histórica. Considero indispensable, por el contrario, examinarla y apreciarla en sí misma, ya que no se la puede juzgar comparándola con las otras.

IX.

La cuestion suscitada por los defensores del principio de la enmienda, viene á ser en sustancia la siguiente: ¿Debe ó no existir la pena? Pero no es posible atribuir á esta palabra una significacion opuesta á la que ha tenido en todos tiempos y lugares. Pessina y Carrara que combatieron la excesiva importancia dada en el régimen penal al principio de la enmienda, demostrando que la esencia de la pena consiste en el sufrimiento del delincuente, y que la educacion moral del mismo, no puede destruirla desnaturalizando á aquella, no comprendieron lo que acabamos de indicar. Esos escritores ilustres, no pensaron que hay una escuela para la cual, la nocion comun de la pena como sufrimiento del delincuente, lejos de estar demostrada, es errónea é injustificable, y debieron haber completado su raciocinio probando que la pena, tal cual la entienden todos, tiene razon de ser y es exigida por la necesidad.

Planteadas de este modo la cuestion, si entro á comparar la doctrina de la correccion del culpable, con las convicciones arraigadas en todo el mundo, debo confesar con franqueza, que estas, y no aquellas, me parecen conformes con la naturaleza del hombre y con las leyes morales del individuo constituido en sociedad. Røeder y su escuela vienen á decir en último resultado, que no se consigue apartar al hombre del mal moral ó del delito, haciéndole prever el mal físico que le acarrearía aquel, sino únicamente á favor del puro amor de lo justo y de lo verdadero, emanado de una sólida y perfecta educacion moral. La humanidad, por el contrario, ha pensado siempre y sigue pensando, que el amor puro del bien no es incentivo bastante, y que se hace indispensable el estímulo que procede del amor á lo útil que suele acompañar al bien, y el temor del daño que lleva consigo la ofensa inferida á los derechos de los demás; y que el mal que el delincuente procuró evitar abreviando la ejecucion del delito, se lo hace sin embargo sufrir la ley por medio del castigo.

Decia yo que, entre esos dos modos de pensar, el más conforme con la naturaleza y con las leyes de la sociedad humana, es el de todos los hombres, y no el de Røeder y su escuela; y ahora que ya he puesto en claro lo

sustancial de ambos, solo aduciré en defensa de mi opinion su misma intuitiva evidencia. Las leyes fundamentales de la naturaleza humana, son otros tantos hechos primordiales conocidos de todos; así que, no solo es inútil, sino hasta imposible demostrarlo, bastando su sola indicacion. Mientras se agite la cuestion actual en ese terreno, cualquiera podrá decir de parte de quién estará la razon.

Yo, solo podré hacer más patente la oposicion en que está la doctrina Roederiana, con las leyes más fijas y notorias de la humana naturaleza. A este propósito recordaré á mis lectores las dos siguientes máximas debidas á la experiencia universal y que hasta el vulgo conoce: «Si todos los delitos tuvieran garantizada la impunidad, nada habria seguro en la sociedad, que se disolveria, bajo la accion del espanto universal.» «Si ningun delincuente pudiese permanecer oculto, bien pocos y leves serian los delitos que perturbaran la sociedad.» De la síntesis de esas dos verdades, se desprende en último lugar que en la mayor parte de los hombres no es el solo amor de lo justo y de lo verdadero la causa de su buena conducta, sino que además se requiere el amor de lo útil y el temor del daño, y que la proporcion en que están la injusticia que se comete perjudicando al prógimo y el perjuicio que

recae sobre su autor conocido en sus relaciones con los demás hombres con quienes vive, es una ley natural tan justa é inevitable que nadie, por regla general, se atreve á delinquir, sino cuando espera que su mala acción quede ignorada. Pero Røeder, que no quiere que la pena sea un mal, se imagina sin duda que los hombres son diferentes de como la naturaleza los hizo, y quiere que el Estado se apodere del delincuente en nombre de la justicia ofendida, no para castigarlo, sino para otros fines; trastorna el órden interno de la sociedad humana, de la que solo es un mandatario el Estado, con el encargo de hacer valer sus derechos, y no de desconocerlos y violarlos á su vez. Observaré tambien que en todos los ciudadanos que componen la sociedad, existe siempre cierto grado más ó ménos elevado de educacion moral, ó en otros términos, que la idea de lo justo y de lo honesto es comun á todos, de manera, que siempre que se dá el nombre de delito á un hecho injusto, se quiere dar á entender con esta palabra que el autor del mismo ha preferido anteponer sus propios intereses á los deberes cuya existencia conocia perfectamente, porque sin este conocimiento no seria responsable de su obra. Pero el que solo ve en el delincuente un individuo en quien hay necesidad de crear de la

nada el sentido moral, desconoce por completo las verdades antedichas y parece como que piensa que el hombre deba delinquir para aprender á distinguir el bien del mal, y que no se puede castigar á los culpables por falta de responsabilidad moral.

Podria añadir otras muchas reflexiones que harian resaltar todas las incongruencias de las doctrinas Roederianas, pero paréceme haber demostrado suficientemente, que dicha doctrina está en contradiccion con las leyes inconcusas del órden social, y que esa especie de tentativa de desterrar la aplicacion de la pena esencialmente correctiva tambien, aunque de un modo indirecto, para sustituirla con un sistema de educacion de los delincuentes, no es ni más ni ménos que una aberracion filantrópica, que nunca podrá tener éxito en la práctica ni sobreponerse á hechos y principios evidentes y consentidos por todo el género humano.

X.

He indicado antes, entre los varios puntos de vista bajo que ha sido considerada la pena en general ó la de muerte en particular, el de los derechos que el Estado tiene con relacion al ciudadano. Podrá parecer al pronto

difícil á alguno que con estas palabras pueda aludirse á teorías verdaderamente distintas de las que hasta ahora han ocupado nuestra atención, puesto que bien puede decirse que el que funda la razón de la pena en la prevención ó en la espiación, afirma en sustancia que tiene el Estado el derecho de someter los ciudadanos á las penas, ya sea con el objeto de precaver los delitos, ó de que expien las culpas. Mas los escritores á que aludo ahora, consideraron los derechos del Estado de una manera abstracta, colocándolo en un campo más vasto que el de las penas. Trataron de indagar elevándose á los principios fundamentales del derecho público, si era posible por ventura determinar de un modo absoluto y antes de hacer aplicación alguna los límites á que pueda pretender llegar el Estado sin ir más allá, es decir, las cargas y sacrificios que el mismo pueda imponer á los ciudadanos. Creyeron algunos conocer esos límites, otros nó, pero antes de pasar á exponer sus varios pensamientos, juzgo indispensable hacer una reflexión.

La controversia á que aludo viene á ser la misma que desde Rousseau hasta nuestros días tiene divididos á los publicistas en lo que concierne á la naturaleza y base fundamental del Estado; esto es, la controversia entre la es-

cuela del derecho natural y la que llamaré del derecho social; entre los partidarios de la génesis del Estado por el contrato y los de la identidad natural y orgánica de la sociedad y del individuo. Los que opinan que puede concebirse al individuo haciendo completa abstracción de la sociedad y lo juzgan por consiguiente investido de derechos de una manera absoluta, son llevados necesariamente á fijar límites á la acción del Estado sobre el individuo y límites absolutos y anteriores al mismo origen de la sociedad; y por el contrario aquellos que piensan que la sociedad, el individuo y el derecho son otras tantas identidades tan inseparables en la idea como en el hecho, consideran inconcebibles aquellos límites y opinan, por el contrario, que el Estado puede pretender del individuo todo lo que exige el bien de entrambos; porque entienden que no puede existir nunca contradicción entre el bien del uno y del otro, que son uno solo. Más adelante diré cuál de estas dos doctrinas me parece preferible, y por qué motivo. Ahora continuaré exponiendo las diversas deducciones á que una y otra dieron lugar.

Hubo escritores que consideraron la inviolabilidad de la vida humana como un límite absolutamente insuperable y anterior á la sociedad misma, impuesto á la acción del Esta-

do, y que por esta razón juzgaron inadmisibile la pena de muerte. Beccaria fué uno de los más célebres defensores de esa doctrina. El Estado, dice, no puede disponer de la vida del ciudadano porque este tampoco puede hacerlo de la suya, y por consiguiente mucho ménos transferir al Estado, mediante el contrato social, un derecho que no tiene. Con posterioridad á Beccaria no ha tenido ese raciocinio gran número de partidarios, á causa del abandono en que la mayor y mejor parte de los publicistas modernos dejó hace ya tiempo la escuela política á que aquel hombre ilustre pertenecía (1). Sin embargo, no faltaron despues de Beccaria, como no faltan tampoco hoy, escritores que, aunque sin profesar la doctrina del contrato social, han hecho suyas, no obstante, las objeciones contra la pena de muerte de aquella emanadas, obedeciendo al propósito de sostener, sea del modo que fuere, sus tésis, más que á un propio y bien ordenado sistema de ideas. Así, por ejemplo, Bossellini declara (*Diario de Ellero*; cuad. IV, pág. 275) que no es dado al hom-

(1) No faltaban en Italia en tiempo de Beccaria pensadores que se mostraban adversarios á la doctrina del contrato social, doctrina condenada abiertamente en la junta criminal del Ducado de Milán de que habla Cantú (*Beccaria y el derecho penal*, pág. 358.)

bre destruir la obra del Creador, y Carrara (id. VII, pág. 229 y 230), admite que pueda ser enajenado el derecho de libertad, mas no el de la existencia (1).

Todas estas doctrinas no son del agrado de los que no admiten derechos individuales anteriores á la sociedad. Estos opinan que el bien de la misma concede al Estado el derecho de hacer todo lo que es necesario para obtenerlo, y esa sola necesidad es el criterio y el límite de lo que el Estado puede justamente exigir del individuo. Pero hay que notar, que esa idea de necesidad social, fué definida de varios modos y que como principio de derecho y de derecho penal especialmente, no solo fué

(1) Un tal Barilla, de Nápoles (*La pena de muerte. Nápoles 1863*) dice: «Aunque sea el Estado el que condena á muerte, no deja, sin embargo, de ocurrir que es siempre un hombre el que quita la vida á otro.» Racionando así, todos los derechos del Estado de que no pueden hacer uso los simples ciudadanos, debieran ser considerados como otras tantas usurpaciones.—Palumbo de Bisceglia (*Pensamientos sobre la pena de muerte, Trani 1864*), dice: que el Estado no puede destruir la personalidad de sus ciudadanos.—En la discusión que tuvo lugar sobre la pena de muerte en la cámara popular de Schwitz, la mayor parte de los sostenedores de la doctrina de la abolición dieron una gran importancia al argumento de inviolabilidad de la vida humana. (Véase *Deutsche Strafrechtszeitung*, 1865, páginas 34 y 43.)—Las lecciones, segunda y tercera del profesor Albini están principalmente destinadas á desenvolver la misma tésis.

de diversas maneras aplicado, si que tambien juzgado con variedad. Exige, por tanto, ese argumento, que recuerde las principales doctrinas que á él se refieren, y las aprecie en lo que valgan; mas antes de ocuparme de ello, juzgo conveniente manifestar mi opinion con respecto á la controversia sostenida de un lado por los partidarios del contrato social, y del otro por los defensores de la doctrina que llamaré de la necesidad social.

No me es posible señalar aquí, como lo he hecho respecto de otras controversias, algo de verdadero y falso en cada una de las doctrinas que son objeto del debate, y debo decir, por el contrario, que me parece de todo punto falsa é insostenible la referente al contrato social, entendida del modo arriba indicado.

De dos maneras puede ser considerada la sociedad humana, partiendo de la base del contrato sobre que descansa; ó apreciando que todo es en ella armonía y reciprocidad, ó por el contrario, que hay una especie de contraposicion entre el individuo y el Estado, ó lo que es lo mismo, entre los derechos de uno y otro. En el primer concepto, paréceme la referida doctrina sábia y verdadera; y en el segundo, que es el que lo atribuyen á Beccaria y sus secuaces, me parece, por el contrario, destituida de fundamento. Y á la verdad, por

lo mismo que no se puede concebir al hombre en la plenitud de sus facultades fuera de la sociedad, hay fusion é identidad sin ninguna diferencia ni oposicion, entre estos dos términos, sociedad é individuo, y por consiguiente, todo el que quiera separarlos en su imaginacion y fijar luego los derechos que el uno tenga con respecto al otro, habrá de reconocer que tambien esos derechos son idénticos y vienen á reducirse á uno solo fundamental, el de existir ambos fundidos, por decirlo así, el uno en el otro, y cooperando al recíproco bien. En otros términos, el único derecho fundamental que puede concederse idealmente al individuo respecto de la sociedad, es el derecho á la justicia distributiva, lo que equivale á conceder á cada cual el bien ó el mal que ha sabido merecer ó que la mera casualidad le asignó sin culpa de nadie; de modo que cualquiera otro lo obtendria en iguales condiciones. Pero este derecho á la justicia, lo es fundamental de la sociedad con relacion al individuo, y para uno y otro se reduce al de la existencia, auxilio que recíprocamente se prestan. Todo el que quiera, como Beccaria, conceder á aquel un derecho fundamental cualquiera sobre la sociedad, ménos extenso que el que se acaba de exponer y que á su vez no se lo conceda á aquella sobre el individuo, pretende un impo-

sible cual es el fijar un límite al imperio de la necesidad y al propio tiempo introduce en el estado social un germen disolvente, porque cuando circunstancias imperiosas é invencibles obligan á la humana asociacion á exigir de los ciudadanos un sacrificio de cualquier género que sea, si se atiende la exigencia á las reglas de la justicia, imponiéndolo á todos con igualdad y existen verdaderamente y son apreciadas con exactitud aquellas circunstancias, ¿habrá alguien que rechace la justa demanda del Estado alegando un pretendido derecho fundamental? (1)

Son especialmente aplicables estas reflexiones á la pretendida doctrina de la inviolabilidad de la vida humana (2); ¿ha habido acaso

(1) Tuvo ciertamente razon Benthan cuando dijo: «Nada hay que decir con relacion al origen del derecho de penar, es el mismo que el de todos los otros derechos del Gobierno: la pena está justificada por la necesidad.» (*Teoría de las penas y recompensas*, libro I, cap. I.)

(2) Esta doctrina ha sido combatida por muchos decididos publicistas, entre los cuales se cuenta Bluntschli (*Allgemeines Staatsrecht* 3.^a edic. vol, 2, Monaco 1863.) Paréceme invencible la objecion que se hace á esa doctrina fundada en la reflexion de que no se comprende por qué, siendo inviolable la vida del hombre, no lo haya de ser igualmente la libertad. Solo puede contestarse á ese argumento con sofismas. Tommaseo: «responderemos que la libertad del alma no perece en la cárcel, antes por el contrario, puede hallarse más viva y desligada de toda traba.» (*De la pena de muerte*, pág. 410)

alguien que haya tratado de justificar la pena de muerte asignada á ciertos delitos, aduciendo otro motivo que el de la necesidad? Pues bien; si existe realmente esta, no puede sostenerse que sea injusta aquella pena, porque la ley penal es igual para todos, y el que sufre el castigo, aun cuando consista este en la pena capital, puede siempre decir que él mismo ha sido la causa de su daño.

El verdadero punto, pues, de la cuestion, al tratar de decidir si debe aceptarse ó no como justa la pena capital, no está en la relacion que pueda mediar entre esa pena y los pretendidos derechos fundamentales del individuo con relacion á la sociedad, sino que estriba más bien en la realidad misma de esa necesidad (1). El mismo Beccaria vino á reconocer implícitamente que se habia equivo-

Antes que Tommaseo ya habia escrito Albini (op. cit., página 33): «El hombre encadenado y agobiado por la fatiga en las galeras, reducido á la condicion de esclavo, el hombre sujeto á los más crueles tormentos conserva todavía íntegra su libertad moral!!!!»

(1) El profesor Thonisseu de la Universidad de Lobaina plantea la cuestion de la pena de muerte en los siguientes términos: (*Algunas palabras sobre la pretendida necesidad de la pena de muerte*, Bruselas 1863): «No puede sostenerse la absoluta ilegitimidad de la pena de muerte, y el Estado tiene el derecho de valerse de esa pena para llegar á sus fines, siempre que esté demostrada la necesidad de hacerlo así.»

cado en lo relativo á la inviolabilidad de la vida humana, cuando formuló la cuestion de la pena capital en estos términos: averiguar si la pena de muerte es útil y necesaria. Y no sé verdaderamente á qué otro partido puedan apelar sus secuaces, que aunque con ménos ingenio que el maestro, poseen, sin embargo, el mismo grado de buena fe.

No creo necesario extenderme más para demostrar la insubsistencia del pretendido derecho fundamental de la inviolabilidad de la vida: esto no obstante, juzgo útil recordar dos ingeniosos argumentos que más de un escritor ha opuesto á esa doctrina. ¿Cómo se puede conciliar, se dice, esa pretendida inviolabilidad con la tolerancia dispensada á otros castigos sumamente graves que consumen la vida, como sucede, por ejemplo, con la pena de trabajos forzados perpétuos? ¿Cómo al paso que se niega al Estado el derecho de castigar con la muerte, aun cuando lo exija la necesidad, se le concede por otra parte el derecho de enviar á morir millares de ciudadanos en caso de guerra por el único motivo de que es esta necesaria? No puede contestarse á estos argumentos mas que con vanas y pueriles distinciones; así lo hicieron hombres que gozan de buena reputacion, pues tanto llegan á perjudicar al buen sentido las opiniones pre-

concebidas, sea cual fuere el móvil que las produce, y mucho más si es generoso.

Las precedentes consideraciones dan lugar á esta conclusion: que la sola doctrina digna de este nombre en lo concerniente á los límites de los derechos del Estado sobre el individuo, es *la de la necesidad en toda sociedad que se rige por las reglas de la justicia.*

XI.

Antes de pasar á ocuparme de las varias maneras que hay de aplicar el principio de la necesidad social á las cuestiones penales, y especialmente á la de la pena de muerte, juzgo indispensable añadir algunas palabras á lo que ya llevo dicho para determinar bien cuáles son las doctrinas verdaderamente dignas de atención en este caso.

La de la necesidad social, del modo que la entiendo, al aplicarla á las cuestiones penales, no difiere sustancialmente de cualquier otro principio más especial que se quiera emplear para la resolución de aquellas, toda vez que lo mismo cuando se toma por base del sistema penal la prevención de los delitos, que cuando se funda en su espiación, es lo cierto que viene á decirse en último resultado que la sociedad no puede subsistir sin la referida pre-

vencion, obtenida á favor de la represion penal ó sin la espiacion por medio del castigo, siempre que se llegue á esos fines sin inferir ofensa á la justicia. Hasta la misma doctrina que se vale de la correccion en vez de la pena, aunque no merezca ser calificada de doctrina penal, es sin embargo una manera de entender la necesidad social, porque los partidarios de ese principio opinan en sustancia que el castigo no es justo ni necesario y que basta la correccion de los delincuentes.

Así, pues, abarcando tanto el principio de la necesidad social en las cuestiones penales, es evidente que tendria que reiterar la exposicion de los varios modos de considerar y aplicar el principio de la prevencion ó el de la espiacion, si me propusiera referir todo lo que han dicho contra la necesidad de la pena de muerte los partidarios de uno y otro sistema. Me limitaré por el contrario á decir algo acerca de la opinion que sostienen los que al discutir sobre la necesidad de la pena de muerte, no fijan su atencion en el complicado conjunto de las exigencias del órden social, y equiparan la defensa de la sociedad á la de un solo individuo. Muchos niegan, partiendo de ese punto de vista, la necesidad de la pena, y dicen que no es *actual*. Podria citar aquí los nombres de muchos criminalistas, pero me

bastará uno solo muy conocido en Italia y que he indicado ya en otra ocasion. El Profesor Carrara dice: (*Diario de Ellero*, cuaderno VII, pág. 229-30) «que se puede muy bien sin violar la ley natural, encerrar al hombre en una cárcel ó confinarlo en una Isla, porque lo imponga así la necesidad actual de la tutela jurídica, y tambien negar que pueda extenderse esa misma tutela hasta el punto de quitarle la vida cuando se tiene el medio de colocarlo en la imposibilidad de dañar, lo cual equivale á dar la suficiente sancion al precepto, apelando á otra clase de castigo (1).

Esta proposicion no encierra, á mi modo de ver, ni un solo átomo de verdad, y me parece lo demuestran bastante mis precedentes consideraciones.

Digo y pregunto á los que de tal modo discurren ¿á qué fin me hablais de la necesidad actual de la pena de muerte, separándola de esa otra necesidad que asignais por base á la pena en general? Si habeis de ser consecuen-

(1) El doctor Schrauth de Monaca (*Heilwissenschaft, Und teodesstrafe*, Monaco, 1864) ha enunciado ideas análogas, pero nótese que es médico —Ya por el año de 1852 el decidido y malogrado profesor Albini discurria de ese mismo modo contra la pena de muerte (pág. 21 *De la pena de muerte.*)— Sostuvo tambien la misma idea el profesor Tullelli, de Nápoles. (*De la abolicion de la pena de muerte*. Nápoles, 1863.)

tes con vosotros mismos, debeis indagar, sea cual fuere esa necesidad de que hablais, si es verdaderamente indispensable en el caso de un delito capital para obtener el objeto á que tiende la pena, que sea condenado el delincuente á muerte: he ahí lo único de que tenéis que ocuparos. Con todo eso que decis de la necesidad que hay de colocar al delincuente en la impotencia luego que se ha descubierto su maldad, os creais dificultades que no existen y pretendéis ganar el juego cambiando nuestras cartas con las de los adversarios. Todavía aparece más patente lo fútil de sus argumentos en lo referente á la conveniencia de aplicar también á la pena de muerte los principios generales del sistema penal, pues se refleja muy especialmente en estas expresiones *impotencia para dañar, defensa actual*, porque el que habla de ese modo puede darse él mismo la siguiente contestacion: el delincuente puede dañar de dos maneras, con su persona y con el ejemplo; y por consiguiente, aunque es obvio que puede evitarse el primero de esos modos de causar daño sin apelar á la pena de muerte, no sucede lo propio en el otro caso y queda por demostrar que también pueda cerrarse la puerta al segundo de aquellos medios sin recurrir á la misma. Puede objetarse además que la idea de la defensa ac-

tual, tiene un campo mucho más vasto aplicada á la sociedad que reducida únicamente al individuo, puesto que la sociedad es una persona moral y perpétua, que comprende, no solo á los presentes, sino tambien á los que han de venir despues, lo que hace que deba proveerse á la seguridad de estos últimos lo mismo que á la de los primeros, sin que al hacerlo así se vaya más allá de los límites de la defensa de actualidad, pues que esta no es otra cosa que la defensa de la individualidad contra el peligro, en cuanto la exige este y mientras dura la exposicion. La evidente insubsistencia de los argumentos que se oponen á la pena de muerte en nombre de una necesidad social distinta de la que preside á todas las otras, es una nueva prueba de la proposicion que dejo sentada, á saber, que aquella teoría es idéntica en su esencia á cualquiera otra que haga derivar el derecho, esto es, la necesidad de castigar, de la prevencion ó de la espiacion ú otro motivo cualquiera. Así como he demostrado que el problema de la necesidad social considerado, ya con respecto á la pena en su acepcion más lata, ó ya con relacion á la pena de muerte en particular, viene á ser el mismo problema de los derechos del Estado frente á frente del individuo y con relacion á la pena,

así tambien puedo ahora establecer que el punto de vista de los derechos del Estado, en nada se diferencia del otro bajo el que es considerada la pena lo mismo por los partidarios del sistema preventivo que por los del de la espiacion ó de otras doctrinas penales. Todas estas no son más que declaraciones de los derechos del Estado en órden á las penas, ó en otros términos, de la necesidad que la sociedad tiene de castigar, ya sea en general, ó ya de este ó cualquier otro modo particular.

XII.

Réstame para completar la exposicion crítica de las varias doctrinas que se profesan con relacion á la pena capital, discurrir sobre las objeciones que se oponen á esa pena considerada bajo el punto de vista de sus consecuencias prácticas. Dicho se está, que todos los que juzgaron suficientemente demostrado que la pena capital era necesaria por razones derivadas de la índole misma de los crímenes llamados capitales, no creyeron que dicha pena, considerada en sí, pudiera presentar nunca inconvenientes tales que contrabalancaran la importancia de aquellas razones; pero no faltaron criminalistas que pretendieron hallar en los inconvenientes prácticos de la pena de

muerte una demostracion suficiente de su injusticia. Este modo de discurrir, como ya lo observé al principio de esta obra, considerado en abstracto, no está fuera de propósito, puesto que suele acontecer que ciertas medidas de gobierno son buenas en un sentido y malas en otro, porque el mal que por un lado las acompaña es mayor que la ventaja que por el otro producen. Indicaré los principales inconvenientes prácticos que se invocaron para condenar la pena de muerte y pasaré luego á examinar el valor de esos argumentos, comparando los hechos de que nacen, con las deducciones que de ellos se han querido sacar.

Los inconvenientes son estos tres:

1.º La pena de muerte es un espectáculo que trastorna y extravía los sentimientos morales del pueblo.

2.º La pena de muerte es un alivio para los grandes delincuentes que la comparan con la de cárcel perpétua á que en otro caso habrian sido condenados.

3.º La pena de muerte es un delito irreparable en la sociedad, si llega á imponerla á un inocente.

Referiré brevemente las consideraciones que han servido para desenvolver esas tésis, no pudiendo proponerme, porque carezco de

fuerzas para ello, escribir páginas tan elocuentes como las debidas á la pluma de muchos y muy respetables filántropos. Perjudica, han dicho varios, á la buena moral que debe ante todo enseñarse al pueblo, presentarle el espectáculo de una ejecucion capital. La fria crueldad del verdugo á quien observan impassibles los representantes de la ley, es lo único que hiere la vista y el ánimo del pueblo y no le deja pensar en las razones abstractas y filosóficas en cuya virtud la ley violada exige tan terrible reparacion. No es ciertamente aquel espectáculo el más apropiado para inspirar respeto á los derechos de los demás, puesto que la integridad de la existencia es su principal base; y eso, aunque el desdichado sobre quien recae su ejecucion sea reo de las mayores iniquidades; y conmueve además y deprime los sentimientos que son la más firme garantía de la moral pública y privada. Se añade tambien y es una fuerte prueba de ello, el hecho muchas veces averiguado de haberse cometido delitos entre la muchedumbre de espectadores que rodeaban el patíbulo, y delitos de homicidio; lo mismo que el ejemplo de muchas legislaciones modernas, que ocultaron de la vista del público la ejecucion de la pena capital, disponiendo tuviera lugar detrás de las paredes de un patio de la cárcel (véase el *Dia-*

rio de Ellero, cuaderno X, pág. 140.) (1) ¿Cómo, pues, se pretende sostener en nombre de la moral y del orden, una pena que inspira directamente al pueblo que asiste á su ejecucion, los mismos sentimientos que sirvieron de punto de partida al delito que fué conmi- nado con ella?

No es cosa nueva el afirmar que la pena de muerte no debe ser tenida por un castigo tan terrible como lo ha juzgado siempre la mayo- ria de los hombres, y que no infunde á los grandes criminales especialmente, tanto te- mor como la de cárcel perpétua. Beccaria (*De los delitos y de las penas* § XVI) y Carmigna- ni (Leccion académica sobre la pena de muer- te, Pisa 1836 pág. 75) fueron de esa opinion y muchos la han expresado recientemente, (2) entre ellos un jurisconsulto italiano, Dra- gonetti, que no vaciló en decir que no puede

(1) Hace más de treinta años que un tal Tomás Tonelli escribió contra la publicidad de los suplicios en *La antología de Florencia*, tomo 46.

(2) De esa misma opinion son tambien Berner, de Viena, en lo relativo á los malhechores más atroces (*Veber die todes- trafe*. Viena 1864) y Lor Hobart (*An capital punishment for- murder, an essay bi*. Londrés 1861.) No están, sin embargo, de acuerdo los escritores que aducen ese argumento, pues muchos fijan su atencion en el momento de ejecutarse la pena y los demás en el de la perpetracion del delito. De este último modo se expresa Mitermaier en la *Deutsche Strafrechtszei- tung*, 1865, p. 24 (v. la nota (1.^a), y Francart en las publica-

calificarse de sufrimiento á la pena de muerte que se ejecuta en el que á ella fué condenado. Pocas son las razones con que se pretende demostrar esa tésis. Los más se limitan á decir que los hombres avezados á los delitos de sangre, están tambien en cierto modo familiarizados con la idea de la muerte, y se juegan

ciones de la asociacion para la abolicion de la pena de muerte. Núm. 2, Liega 1864. El profesor Svødes Olibecrona en su discurso á la cámara de los nobles, hizo la misma observacion (V. *Deutsche Strafrechtszeitung* 1865, pág. 47.) Tambien Tommaseo dice (pág. 217:) «Al cometer y preparar el crimen, ocupado el reo de su propia pasion, no piensa en la gravedad de la culpa ni recuerda tampoco la de la pena; solo atiende á satisfacerse á sí propio, y si por acaso fija su pensamiento en la pena no se cuida de lo horrible de la misma atraido por el placer del mal presente, ó espera sustraerse á ella.—El profesor Albini (op. cit., pág. 58) escribia: «Que los delincuentes más abyectos esperan siempre y se lisongean poder cometer el delito de modo que ó no recaigan las sospechas sobre ellos ó destruyan toda huella que contribuyera á descubrirlos; adquiere gigantescas proporciones en su imaginacion la esperanza de poder gozar con seguridad del fruto de su crimen.» Antes que todos estos escritores, Carmignani habia dicho ya (Lec. acad., pág. 67:) «Los delitos, ó nacen de las pasiones que dan prepotente impulso á la voluntad, en términos que la mente no se presta á la reflexion, ó derivan de una especie de enajenacion del entendimiento.»—Pero, podria aplicarse esta manera de raciocinar á todas las penas, y produciria entonces el efecto de excluirlas á todas. Por lo demás, los que admiten la eficacia de la pena para evitar los delitos, no aducen como prueba los cometidos en oprobio de la ley penal y con esperanza de la impunidad, sino los que no llegan á ser perpetrados por temor del castigo.

friamente la vida en las luchas que sostienen con la justicia; y se suele aducir en comprobacion de ello, el frio cinismo con que suben muchos hombres de ese temple las gradas del patíbulo ó presentan el pecho á los soldados que van á fusilarlos. Pessina ha creido poder demostrar tambien á priori aquella proposicion, con el siguiente razonamiento. La pena de muerte, dice, no alcanza su perfecto cumplimiento hasta que ya ha cesado la vida del delincuente sometido á la ejecucion, de modo que no la siente propiamente hablando, y como la eficacia de las penas consiste cabalmente en que experimente dolor el reo cuando la sufre, de ahí el que no pueda decirse que la muerte es eficaz como pena. (Véase *Diario de Ellero*, cuaderno IX, pág. 56.)

Por el contrario, se cree demostrar lo mucho que intimida la pena de prision, aduciendo ejemplos de condenados á reclusion perpétua en cárceles penitenciarias, que suplicaron se pusiese término á su desgracia, trasladándolos desde la cárcel al cadalso.

Muchos escritores del siglo pasado (1)

(1) Condorceti (citado por Carmignani, leccion académica, pág. 456) escribía: «Esta sola razon basta para destruir todos los razonamientos que se emplean en defensa de la necesidad ó la justicia de la pena de muerte.»—El mismo Carmignani escribió: «La sociedad se proclama infalible al castigar con la muerte.» (Id., pág. 106.)

(V. Cantú, Beccaria y el Derecho penal, página 368) y recientemente Mittermaier (*La pena de muerte*, cap. XI), con gran número de filántropos, presentaron la cualidad de irreparable que tiene la pena de muerte cuando se impone á un inocente, como inconveniente bastante para producir su abolicion, y tambien la mayor parte de los adversarios de la pena capital, juzgan que ese es el argumento más fuerte contra la misma. En la duda de si se sacrifica á un inocente, dicen, ¿con qué corazon hará la ley cumplir una condena que puede envolver la más enorme violacion de la justicia y convertirse en un perpétuo remordimiento para la sociedad entera? Y al expresarse así, no solo se fijan en el corto número de casos (no tan corto por lo demás segun lo demuestra Mittermaier en la obra citada) (1) en que se comprobó despues la inocencia de los condenados á muerte, sino que se fundan en la imperfeccion misma de los medios de prueba en la mayor parte de los juicios criminales; toda vez que en la mayoría de los casos, la prueba del delito se compone de indicios y es tanta la incertidumbre con respecto á ciertos puntos, que algunos crimi-

(1) Véase tambien Legel Valdaisan, *Martirologio de los errores judiciales*. (Paris 1863.)

nalistas entre los que se cuenta á Carmignani, (*Teoría de las leyes de la seguridad social*) llegaron á dudar hasta de que la llamada prueba artificial mereciera verdaderamente tal nombre, y que muchas legislaciones prohibieran, como lo hizo la austriaca en 1853, se dictaran sentencias de muerte basadas en meros indicios y las admitieran en el solo caso de que apareciera comprobada la culpabilidad del reo por su propia confesion confirmada por otras circunstancias. (1)

Creo haber reasumido lealmente los argumentos con que es combatida la pena capital y que se apoyan en los inconvenientes que la misma ofrece en la práctica. Tócame ahora juzgarlos con imparcialidad.

XIII.

Ninguno de los argumentos que acabo de exponer, me persuade, lo confieso con franqueza, sin que signifique esto que deje de reconocer la verdad de muchos hechos y circunstancias en que se apoyan. Son ellos mis-

(1) Este temperamento es, sin embargo, contrario á la equidad como lo observó exactamente Puccioni (Véase el *Diario de Ellero*, cuad. 5^o, pág. 25.)—Lo mismo dice tambien Berger en su pequeña obra: *Veber die todestrafe*. Viena 1864.

mos en sí, y el valor que se pretende atribuir á esos hechos y circunstancias, los que no logran convencerme.

No niego que el espectáculo de las ejecuciones capitales, inspira más bien el desprecio de la vida que sentimientos humanos y piadosos, y no lo niego porque veo que el patíbulo no suele tener por espectadores á personas de educacion escogida y delicados sentimientos; lo que sí rechazo es que disminuya lo más mínimo en un pueblo civilizado la moralidad pública, por el solo hecho de existir y llevarse en él á ejecucion la pena de muerte. Si verdaderamente se aplicara la pena de muerte en los paises donde se halla admitida, con tanta frecuencia que llegase á ser el espectáculo casi ordinario de la plebe, comprenderia que á la larga se embotara todo sentimiento de humanidad en los ciudadanos si no lo habian destruido ya las mismas causas que produjeran la frecuente repeticion de los delitos capitales. Las jornadas de Setiembre y demás medidas homicidas del terrorismo, habian llegado á desnaturalizar el carácter francés; más luego que los hechos han venido á demostrar que en todo Estado bien organizado la pena de muerte es de todas las penas la que con ménos frecuencia se aplica, ¿cómo puede soñarse siquiera en atribuirle tanta y tan

triste eficacia? Todavía me parece más singular ese modo de ver la cuestión, cuando reflexiono que el pueblo de cuyas filas suelen salir por lo comun los espectadores de casi todas las ejecuciones capitales, lejos de tener la dureza de corazón que se quiere presentar como uno de los efectos de semejantes espectáculos, es por el contrario la parte de la sociedad que conserva más íntegros y fácilmente excitables los sentimientos naturales. Basta para convencerse de ello frecuentar los teatros, y nada significan contra esto los casos que se aducen de delitos cometidos entre la multitud misma que rodea el patíbulo. En primer lugar son raros esos casos y además aunque se prescindiera de ello, no prueban contra la eficacia de la pena capital ni más ni ménos que lo que pudieran probar los delitos que se cometen en cualesquiera otras ocasiones. Es evidente que el malvado que elige el momento de una ejecución capital para delinquir, lo hace así, solo porque juzga que da el golpe con mayor seguridad en la confusión que entonces reina. Por lo demás, si fuera necesario asistir á las ejecuciones capitales para convencerse de que existe en realidad la pena de muerte y para sentir inmediatamente el efecto que el legislador se propone, se debería hacer de modo que tuviera el espectáculo la

mayor publicidad posible y no como sucede por el contrario en la mayor parte de los Estados, en algunos de los cuales hasta se halla prescrito que se alce el patíbulo en un lugar cerrado donde no pueda penetrar la mirada del público.

La tan decantada inferioridad de la pena de muerte comparada con la de prision perpétua en cuanto al terror que causa á los culpables, me ha parecido siempre, por más que Beccaria y Carmignani la admitan, y despues de haber meditado mucho sobre este punto, que no pasa de ser una excesiva pretension de parte de esos filántropos. Todo el mundo ha pensado siempre que la vida es el primero de los bienes, y hasta los mismos enemigos de la pena de muerte han invocado esta verdad al sostener su inviolabilidad absoluta. ¿Cómo es posible creer despues de esto, que la pérdida de la existencia no es el más grave de los sacrificios y además la más aterradora de las penas? El profesor Ellero dió ciertamente pruebas de grande intrepidez cuando afirmó en términos generales, que no puede apreciarse la fuerza de intimidacion de una pena por la cantidad de dolor que produce (*Diario*, cuaderno VI, pág. 201); pero no es ménos evidente lo erróneo de esta proposicion, porque esté tan lejos el indicado escritor de creer

que se equivoca. Semejante proposicion repugna al buen sentido, y no puede vencerse esa repugnancia diciendo que los delincuentes, en su mayor número, habituados como están al derramamiento de sangre, no temen la muerte, y suben las gradas del cadalso con el más frio cinismo, porque la mayor parte de los condenados á muerte no están avezados á los crímenes de sangre; y todavía los más de ellos, suben al patíbulo en un estado moral que dista mucho de la serenidad que se supone, y son presa, por el contrario, de las emociones más violentas y que solo logran aquietar á las veces los consuelos religiosos, despertando en ellos el arrepentimiento y la resignacion. Ahora bien; las leyes penales, lo mismo que todas las demás, se refieren á lo que ordinariamente acontece, y no á los casos excepcionales, y las palabras que César pronunció en el Senado Romano cuando se discutia la pena que habia de imponerse á Catilina y á sus parciales, nada prueban, toda vez que hablaba de delincuentes políticos, y es sabido que tambien en la actualidad sostienen muchos criminalistas que no debe imponerse la pena de muerte por esa clase de delitos. Tampoco tiene valor alguno la autoridad de Metastasio en la conocida estrofa «*no es verdad que la muerte exista,*» con lo demás

que sigue; porque el poeta aludió en ese pasaje, no á los que son arrastrados por el exceso de su avaricia á los atentados atroces, sino más bien á los filósofos pesimistas que no creen que exista acá en la tierra bien alguno que haga preferible la vida á la muerte. Si se invoca el raciocinio de Pessina, debo decir que, en mi sentir, es el ménos sério de todos los de ese autor. Decir que la muerte no puede infundir terror porque el momento en que ocurre cae fuera de la conciencia, es olvidar que los hombres nunca han entendido por lo que se llama temor de la muerte otra cosa, que el estado de ánimo en que se encuentra el que sabe que está cercano á ella, y que nadie puede advertir esto mejor que el desdichado que es conducido al cadalso. Es preciso además, para sostener aquella proposición, no haber reflexionado que ese hombre debe todavía morir sufriendo más que cualquiera otro, porque sabe que va á preceder un gravísimo dolor á la estincion de su existencia. ¿Cómo no ha fijado Pessina su atención en cosas tan evidentes? (1)

(1) No he citado el razonamiento del Sr. Setti (*Diario de Ellero*, X, pág. 193) para demostrar la ineficacia de la pena de muerte, porque á ser exacto tendría aplicación á todas las penas y produciría su abolición. «Todo el que medita un gran delito, dice, se halla privado de toda clase de sentimientos

Más conveniente me parece la reflexion que muchos escritores han hecho en sentido contrario, manifestando que la pena de prision perpétua no puede obrar sobre los ánimos con tan gran eficácia como creen los que la consideran en abstracto, precisamente porque no va acompañada de la certidumbre de irrevocabilidad que tiene la pena de muerte para el que es conducido al patíbulo. Finalmente, observaré que la pretendida inferioridad de la pena de muerte comparada con la de cárcel perpétua, ha sido contradicha por los delinquentes á quienes se ha interrogado á ese propósito como lo confirma el mismo Holtzendorff, uno de los más conocidos adversarios de la pena de muerte, y que otros criminalistas no tan famosos como Beccaria, pero tan versados en la práctica criminal, como pudiera serlo Carmignani, fueron de opinion contraria. Citaré entre estos á Bonneville de

morales y religiosos, ó por lo menos sino están estinguidos estos en él, va perdiendo gradualmente y casi sin apercibirse de ello toda impresion de los mismos; de manera que llega á turbarse su mente hasta el punto de no poder sentir la fuerza de semejante amenaza.» En términos parecidos se expresaba un inspector general de las cárceles de Inglaterra, el Sr. Perry, hablando ante una comision de la cámara de los Lores. (Londrés 1863)

Marsagny, (*Diario de Ellero*, cuaderno 6.º, pág. 190), y á De Bavay. (1)

Paréceme la más atendible de todas las objeciones que se eponen á la pena capital, la que se funda en su cualidad de irreparable, porque como lo observa con justa razon Beccaria, la sociedad está más interesada en la seguridad de los inocentes que en el castigo de los reos.

Debo ante todo declarar, que si se conside-

(1) De Bavay, procurador general en Bruselas, aduce como prueba de la eficacia de intimidacion de la pena de muerte, el hecho de haberse puesto pronto término á los atroces delitos que cometió la banda de ladrones conocidos por los Chauffeurs en el distrito de Tournay con la ejecucion capital de algunos de aquellos asesinos. (*La pena de muerte bajo et punto de vista práctico é histórico*, Bruselas 1863.)—Tambien el Belga Gounot sostiene en la *Belga judicial*, 1864, núm. 54, la eficacia intimidativa de la pena de muerte.—En la discusion sobre la pena de muerte que tuvo lugar en la cámara popular de Stokolmo el dia 11 de Julio de 1863, un tal Mengel, observó ingeniosamente que por muy dispuesto que se encuentre un condenado á muerte á subir con gran serenidad al patibulo, no reusará ciertamente la gracia y conmutacion de pena que se le anuncie en aquel momento. (Véase *Deutsche Strafrechtszeitung*, 1865, pág. 39.)—Tambien fué sostenida la superioridad de la pena capital sobre todas las demás en cuanto á la fuerza intimidativa, por la junta criminal del Ducado de Milán en su voto del 24 de Enero de 1792 (véase *Cantú Beccaria*, pág. 359.) Uno de los miembros de aquella junta llamado Pasquali, la sostuvo con mucha agudeza (id. página 365.)

rase injusto é imprudente imponer la pena de muerte á los reos acusados de crímenes capitales que no se hallan convictos por su propia confesion, ó á falta de esta por las declaraciones de dos testigos contestes é imparciales, como lo prescribe la ley austriaca entre otras, opinaria que el mejor partido que pudiera tomarse, seria abolir por completo dicha pena, puesto que semejante prescripcion no puede producir otro efecto que el de acrecentar la ferocidad de los delitos para impedir que haya testigos, y reducir á letra muerta la amenaza de la pena capital en los rarísimos casos en que haya sido presenciado el crimen por testigos, por poca habilidad que hayan tenido los defensores para subvertir la prueba testifical, igualando en prevision al acusado que niega el delito. Pero lo que suele suceder es, que plantean mal la cuestion los que quieren restringirla á solo los casos en que el juicio criminal se funda sobre meros indicios. Todos saben perfectamente que en los procesos criminales no puede adquirirse nunca la certeza absoluta, y sí tan solo un alto grado de probabilidad, (1) como lo observa muy bien

(1) Es una cuestion que interesa en gran manera, la de decidir, si los modos y formas de proceder y pronunciar sus fallos los tribunales, pueden llegar á constituir los elementos de un verdadero cálculo de probabilidad. La Place, Poisson y

Carmignani; y por consiguientemente, vano es pretender que la certidumbre sugetiva, que la confesion del reo ó las declaraciones de los testigos producen, no pueda adquirirse en el mismo grado por simples indicios y que el primer medio de prueba no ofrezca la seguridad que cualquiera otro. Y á la verdad, ¡cuántos inocentes no han sido condenados á la pena capital en sentencias basadas en declaraciones de testigos! Supuesto esto, lo difícil de la cuestion consiste en ver si la sociedad, despues de haber hecho uso en un juicio capital de los medios que ordinariamente suministra la naturaleza al que trata de descubrir la verdad, no deba llevar á efecto la condena citada, y cuya necesidad suponemos, por la sola razon de que con aquellos medios no pudo alcanzar la certidumbre absoluta. Porque no debe perderse de vista que en los juicios criminales se tropieza, en lo que concierne al descubrimiento de la verdad, con las

Carnot, creyeron en la existencia de ese cálculo. Por el contrario, Augusto Comte, juez muy competente en matemáticas, combate y hasta pone en ridiculo muchos pasajes de su *Curso de filosofia positiva*. Quetelet en su obra *Física social*, no probó á hacer ninguna aplicacion del pretendido cálculo de la probabilidad. Intentólo por su parte Dubois Aime en el tratado: (*De la pena de muerte y de la probabilidad matemática de los juicios*. Marsella 1863.)

mismas dificultades que todos los hombres encuentran, y que vencen en cierta manera todos los días, emitiendo su juicio acerca de hechos que no han ocurrido en su presencia, y tampoco debe perderse de vista que en la presente cuestión la pena de muerte impuesta á ciertos delincuentes, supone una necesidad social no ménos verdadera que la en que frecuentemente se encuentra cualquier hombre que ante muchas y dudosas apariencias se vé precisado á tomar un partido.

Planteada así la cuestión, creo que no se debe vacilar un momento en resolverla en contra de la opinión que he empezado á examinar. Hay que respetar las leyes de la naturaleza tales cuales son, y en su consecuencia, aceptarlas con todos los peligros é inconvenientes que las acompañan. Ahora bien, las leyes del órden social, que son en verdad leyes naturales, exigen, démoslo por supuesto, la muerte de los autores de ciertos delitos: y dado un caso especial, otras leyes naturales también, esto es, las que rigen el humano entendimiento, presentan á un individuo como culpable de uno de aquellos delitos, aunque sin excluir de un modo omnímmodo el peligro de errar, ¿quién podrá, pues, lamentarse ni producir queja contra persona alguna como no fuese el autor de la naturaleza, de que el estado social ce-

diendo á aquella doble necesidad y no obstante el peligro indicado mantenga su juicio y haga llevar á efecto la sentencia? Cuando la ley ha tomado las precauciones convenientes para que se dicten las sentencias con la mayor circunspeccion posible, ha llenado completamente su deber y obrado como todos los hombres prudentes obran á cada momento: si despues, todos esos cuidados quedan fallidos y se comete alguna vez, muy rara, un error con daño del inocente, será esta una gran desgracia, pero una de esas desgracias de que nadie tiene la culpa, ó para decirlo con la palabra propia, una de tantas fatalidades á que el individuo y la sociedad se hallan expuestos (1).

Ninguno, sin embargo, de esos inconvenientes prácticos que han decidido á muchos á

(1) El milanés Pasquale, individuo de la tantas veces nombrada junta criminal de Milán, decia contestando á la objecion que se funda en la irreparabilidad de la pena capital: «Si á pesar de todo eso (es decir, del proceso mejor instruido), pudiera ponerse en duda todavía la realidad de la imputacion, tendríamos que excluir la posibilidad de toda humana certidumbre y llegaríamos á un fatal Pirronismo que nos haria dudar de todo, hasta de nuestra misma existencia.» *Cantú, Beccaria, pág. 368.*—En el periódico Olandés *Themy XI*, not. 4, pág. 1816, un escritor anónimo opina que no es muy frecuente el peligro de condenar á inocentes en los países en que está en uso el derecho de gracia.

considerar suficientemente demostrado lo inadmisibile de la pena de muerte, tienen en realidad tan gran importancia, cuando es examinado atentamente y sin prevenciones filantrópicas. No es cierto que la pena capital por sí sola produzca males tan grandes como los que acarrean los delitos porque se impone; léjos de esto, dos de los pretendidos inconvenientes de esa pena, solo existen en la imaginacion de algunos filántropos inducidos al error por hechos mal apreciados, y el único con que se tropieza realmente, no proviene de la naturaleza de la pena de muerte, sino de una causa mucho más remota, cual es, la imperfeccion misma de la naturaleza humana. El que se fije en todo lo que se ha dicho sobre la pena de muerte abandonando el punto de vista teórico de la necesidad social, y tomando en vez de éste el de sus efectos inmediatos, tendrá que convenir en que se ha sacado la cuestion de su verdadero terreno, al que es forzoso traerla de nuevo á no ser que se quieran desnaturalizar hechos y exagerar argumentos para que á todo trance triunfe una opinion preconcebida.

XIV.

He llegado al término del exámen crítico de las principales doctrinas que se han ex-

puesto con relacion á la pena de muerte, así por sus defensores como por sus adversarios, y creo que el lector habrá visto confirmado ámpliamente la tésis que anuncié al principio de esta obra. Dije entónces, que la mayor parte de las teorías concernientes á la pena de muerte, tenían el defecto de la parcialidad, é indiqué á mayor abundamiento los múltiples é importantísimos puntos de vista que la cuestion presenta. Mi lector debe haberse convencido de todo eso, al observar que de los escritores que han sostenido con razones más sólidas sus opiniones favorables ó desfavorables á la pena de muerte, los unos, fijaron su consideracion en el interés que la sociedad tiene de precaver los delitos, descuidando las no ménos importantes relaciones de la pena con la conciencia humana, y los otros, por el contrario, se dedicaron á examinar las relaciones de la pena con la moral pública y privada, perdiendo de vista las exigencias sociales á que aquella debe dar satisfaccion. Pero todavía es más grave la parcialidad de los que, dando por base al sistema penal, el mismo en que se fundan las leyes morales, dieron tal importancia al amor del bien y á la espontaneidad de las acciones, que llegaron hasta negar que el temor del mal pueda cooperar lo más mínimo al respeto que deba tenerse á las leyes, haciendo

con esto imposible la idea esencial de la pena. Decia yo tambien al principio de este libro, que incurren en grandes contradicciones los escritores que han debatido la cuestion de la pena de muerte, observándose esto aún entre los que han llegado á unas mismas conclusiones, y creo además haber aducido pruebas convincentes de ello, demostrando, por ejemplo, que de los dos adversarios de la pena capital, el uno se ha detenido ante las consecuencias de un principio que lo habia llevado hasta dicha pena, al paso que el otro empezó por negar el principio mismo y establecer otro enteramente contrario.

Siendo este el estado actual de las investigaciones relativas á la pena de muerte, no me parece que pueda decirse que ha sido ya tratada y resuelta tan grave cuestion, desenvolviéndola completamente y con madurez, y espero que mis lectores convendrán conmigo en este punto, despues de fijar su atencion en las consideraciones que dejo expuestas, no doliéndole semejante confesion si son amigos sinceros de la verdad y de las discusiones tranquilas y mesuradas. Por el contrario, mis palabras provocarán el escándalo de todos los que tienen la malhadada costumbre de no abrazar hasta en los asuntos científicos el partido más justo, si no el que más se armoniza con sus

inclinaciones que podrán ser muy laudables por otra parte, y tambien de los que encuentran siempre el medio de conciliar entre sí cosas del todo inconexas y juzgan, por ejemplo, que la abolicion ó la no abolicion de la pena de muerte debe necesariamente formar parte de tal ó cual otro partido político. Pero por mi parte declaro que no temo ese escándalo, y que por el contrario, me agrada producirlo; porque juzgo que es un deber en todo el que no quiere mostrarse indigno sacerdote de la ciencia, poner en guardia á los demás contra las seducciones de los que prefieren la vana popularidad á la verdad y no creen cometer un sacrilegio al llevar á la plaza pública, para que los sofoque el tumulto, los más graves y trascendentales problemas de la sociedad y del derecho.

Lo repito; abrigo la firme conviccion que quisiera ver popularizada por escritores más hábiles, de que no es cosa séria ni de buena fé el citar autorizados nombres ya en pró ó ya en contra de la pena de muerte, presentando unidos á los que la rechazan ó admiten porque la juzgan ó no útil y necesaria para la prevencion penal (Romagnosi y Beccaria) con los que la niegan ó admiten segun que la consideran ó no consecuencia del principio de la espiacion (Pessina y Rossi), ó con los que

desechan la pena en general ó entienden que es preciso completar con la muerte la escala penal (Røeder y Bonnoville), ó finalmente, con los que niegan ó conceden al Estado el derecho de disponer en determinados casos de la vida de los ciudadanos (Boselline y Verro). Hay entre todas estas opiniones algunas evidentemente insostenibles, al paso que otras, partiendo de premisas completamente distintas, vienen á equilibrarse casi siempre si son discordes y se destruyen en cambio cuando son idénticas. Así, pues, el que quiera formar una opinion fundada, debe fijarse más en las premisas que en las conclusiones, y elegir con madura reflexion y espontánea conviccion una de las primeras, ó cuando sea necesario, abandonarlas todas y volver al principio de la cuestion si puede proponerse aventajar á los demás. De otro modo se obra de mala fé y se infiere un ultraje á la ciencia (1).

(1) Cualquiera que tenga la paciencia de recorrer todo el *Diario para la abolicion de la pena de muerte del profesor Ellero, de Bolonia*, puede procurarse fácilmente la prueba de lo que va dicho. Nunca se encontrará un conjunto más embrollado de doctrina y argumentos inconexos y contradictorios. Cuando se llega al final, no se obtiene ningun resultado positivo, porque no se encuentran dos escritores que estén de acuerdo, ni que lleguen á sacar las mismas consecuencias. No

XV.

A mi modo de ver solo podrá oponerse seriamente á esa conclusion el que tenga el valor de decir que la cuestion de la pena de muerte no es científica, si no que hay que examinarla y resolverla atendiendo á consideraciones de naturaleza enteramente distinta. Ni siquiera hablaria de la posibilidad de semejantes argumentos si no hubieran sido hechos realmente. La historia del derecho nos enseña que desde Beccaria hasta nuestros dias viene poniéndose en duda la justicia de la pena de muerte, apelando para ello á razones filosóficas á las que se opusieron otras deducidas de la idea de la pena, la naturaleza del hombre, los derechos del Estado y del individuo; todo esto se adujo en pró y en contra de aquella y la impopularidad misma en que en muchos paises ha caido la pena capital, se ha debido á las objeciones de los filósofos, difundidas y repetidas por el vulgo. En vista de esto ¿cómo dejar de creer que la cuestion de la pena de muerte no ha sido siempre, como

tiene la culpa Ellero de que la anarquía intelectual que reina en tan importante cuestion aparezca de un modo tan patente en su periódico; lo consideraria un mérito en él si hubiere sido esa su intencion.

continúa siéndolo hoy, una cuestión de ciencia? Sin embargo, hombres de bastante celebridad han dicho lo contrario. Mittermaier fué el primero en afirmar que debe discutirse la cuestión de la pena de muerte con razones de hecho, es decir, no con razones filosóficas, si no examinando y comparando los efectos que produce la aplicación de dicha pena, con los que se han observado en muchos estados que la han abolido; como si todos los delicados intereses que la sociedad humana confía al sistema penal pudieran ser valuados con cifras estadísticas y como si no fuera desde luego sospechosa toda exploración de hechos, que no haya tenido por guía la luz de la ciencia. Un ilustre italiano, Mancini, ha observado el mismo método que Mittermaier, en su apreciable discurso parlamentario, pero Mancini no arengaba en un círculo de sábios, así que no es lícito pensar que entendiera verdaderamente que suscribía en nombre de la ciencia á una abdicación imposible.

He protestado ya, aunque implícitamente, contra esa nueva doctrina con solo haber hablado con extensión de las ventajas y defectos de las teorías dominantes en la cuestión de la pena capital, y juzgo ahora superfluo empeñarme en demostrar la futilidad de la misma doctrina, que lo repito, ha de parecer

evidente á toda persona que la examine sin pasion. Tambien por otra parte, el respeto que profeso á los hombres ilustres que he citado arriba, me impone el deber de tomar en consideracion los argumentos que creyeron poder deducir de los meros hechos con abstraccion de los principios.

XVI.

Pero antes de tratar ese nuevo punto, me permitirán mis lectores que retroceda algun tanto, y añada á lo que dejo dicho acerca de la necesidad de estudiar con mejor método que el que hasta ahora se ha seguido, la cuestion de la pena capital; algunas ideas mias que podrán en mi sentir dirigir útilmente ese estudio y que nadie que yo sepa ha expuesto hasta ahora. Tuve ya ocasion de aludir incidentalmente á esas ideas, cuando hice la crítica de las doctrinas de las demás, de modo que ahora solo trato de volver á ocuparme de ellas para presentarlas con mayor claridad y bajo su aspecto práctico.

Es para mí, ante todo, una verdad inconcusa que debe tener siempre presente el que se dedica á discurrir acerca de la pena de muerte, que deben establecerse en primer lugar sanos principios generales de filosofía pe-

nal, que puedan ser luego aplicados á esa pena en particular, y que nunca deba juzgarse buena, ninguna razon favorable ó contraria á la misma, que no pueda ser comprendida en la esfera de esos mismos principios. Juzgo inútil aducir razones en comprobacion de una tésis tan evidente, pero no estará demás advertir que la conviccion referente á esa verdad, se manifiesta con frecuencia en la respuesta que suele darse á muchos de los argumentos que se aducen contra la pena de muerte, diciendo que los mismos podrian ser aducidos en contra de cualquier otra y hacer imposible todo el sistema penal. (1)

Esto, supuesto del mismo modo que he observado antes, que el asignar á la pena por su único y esencial objeto la correccion del de-

(1) Un ilustre escritor, cuyo mérito literario es apreciado por todos en Italia, Nicolás Tommaseo, escribió un libro contra la pena de muerte (*De la pena de muerte: dos discursos, Florencia 1865*), que tal cual está podria combatir cualquier otra pena con solo cambiarle el título. Tommaseo, fundó sus argumentos en la pretendida ineficacia é inoportunidad de los males físicos que se emplean como remedios preventivos contra el delito, en la suma dificultad con que se tropieza de valuar la verdadera gravedad moral de cada delito, en particular, en el peligro de causar daño á un inocente, y en el deber que pesa sobre el Estado de educar y corregir, mejor que atormentar con la pena: cosas todas que es evidente, pueden ser aplicadas al sistema penal en general, y no á la sola pena de muerte.

lincuenta, equivale á negarla, así tambien me parece ahora imposible tratar con acierto la cuestion de la pena de muerte, sin investigar antes si la pena considerada como un mal impuesto al autor de un delito, puede figurar entre los medios de defensa del órden social sin violar las leyes naturales del individuo y del Estado; en una palabra, sin inferir agravio á la justicia.

XVII.

Creo que se puede contestar á esa pregunta en sentido afirmativo y con pocas, pero convincentes razones.

El que examine las causas que influyen en que los hombres amen y respeten las leyes de la justicia y del órden, comprenderá, que al paso que puede y debe amarse la justicia y el órden por sí mismos, por su belleza intrínseca que agrada y satisface á toda alma elevada; sabe, no obstante, cada cual buscar y obtener su propio bien y huir el mal, y á la verdad, todo hombre adulto que examine la historia de su educacion moral, advierte que la observancia de las reglas de lo justo y lo honesto que debió su origen en los primeros años de la vida á la fe y á las costumbres que la religion y la familia le inspiraron, fué luego consoli-

dándose hasta llegar á ser verdadera moralidad; esto es, amor razonado y activo del orden y la justicia, y que esto lo obtuvo cuando la experiencia le enseñó las grandes leyes de reciprocidad y solidaridad á que deben someterse todos los intereses y relaciones de los hombres asociados, y persuadido además de que todo el que no respeta las leyes sociales, se condena á sí propio de una manera irrevocable, á una vida desdichada. Ciertamente que esta moralidad basada en la convicción de que el orden general y el bien de cada uno son una misma cosa, es susceptible de diversos grados segun la distinta amplitud y penetracion que se quiera atribuir á las armonias sociales. (1)

Aquella existe en todos, en cierta medida, principalmente en lo que atañe á las relaciones fundamentales de la vida social de que ningun individuo puede dispensarse, y constituye la más firme garantía del orden social por su misma generalidad.

(1) En las mujeres, cuyo entendimiento alcanza ménos que el del hombre, está la moralidad basada más bien en el sentimiento que en la razon. Por eso Tácito, dijo: *mulier pudicitia amissa, ad qualibet parata*, y la estadística criminal atestigua suficientemente que es la enmienda moral en las mujeres incomparablemente ménos fácil que en los hombres delincuentes. Véase á este propósito la obra: Miss Mary Carpenter, our convicts. Londres 1864, pág. 209.

Hay hombres, no obstante, en quienes por excepcion no existe ese comun nivel moral, y no porque ignoren las leyes de lo justo y de lo honesto, porque si así fuese, no habria delitos perpetrados en secreto, ni la ley penal excluiria la ley de la ignorancia, ni existirian delincuentes que despues de haber sufrido la pena, volvieran á reincidir. Conocen estos las leyes sociales porque hubo quien se las enseñára, y porque no hay uno solo en quien la voz de la naturaleza esté completamente apagada, pero no comprenden lo más importante; á saber: lo necesarias que son esas leyes para su propio bien. Lejos de tener esos desdichados una idea de la verdadera felicidad, que consiste en regir prudentemente los propios deseos é inclinaciones, para conservar así la armonia que debe reinar siempre entre sus actos y los derechos de los demás, no ven otra ventaja en el respeto á las leyes y á los derechos de sus conciudadanos, que la meramente negativa de evitar los males que una conducta distinta pudiera acarrearles (1): y

(1) Dice Tommaseo (ob. cit., pág. 35): «Que los dolores del cuerpo son muy poca cosa comparados con los del alma, y que si el reo no lo comprende ni lo cree así, importa mucho corregir ese error que constituye su mayor desgracia y su culpa más grave, y no fortalecerle amenazando con las penas corporales.»—Pero á esto se puede contestar, que mientras no es-

por consiguiente, en el momento en que esperan poder eludir las consecuencias dolorosas que la violacion del órden lleva consigo, dejan de contenerse y emplean toda su astucia en ocultar las huellas del crimen y asegurarse la impunidad.

Así es, ciertamente, como se cometen todos los delitos.

Partiendo de ahí, es fácil trazar cuál debe ser la actitud de la sociedad con respecto á los delincuentes. Debe preparar ante todo, los medios de sorprenderlos, si es posible, antes de que cometan el delito, ó de descubrir á su autor si ya fué perpetrado. Una vez hecho este descubrimiento ¿no tendrá tambien la sociedad el deber de interponerse entre el criminal y sus conciudadanos, á fin de que pueda ser determinada exactamente en el caso particular de que se trata, é infaliblemente ejecutada despues, la pena graduada segun conexion que es preciso exista entre el delito y el mal, ya que se ha visto que es el único freno del malvado que no cree poder sustraerse á ella? (1) Tén-

té el reo persuadido de que se debe amar á la justicia por si misma, la sociedad tiene por lo ménos el derecho de aplicarle el único freno, de que aquel es todavia susceptible, amenazándole con los dolores corporales.

(1) Dice perfectamente Tommaseo (ob. cit., pág. 107): «La sociedad que no castiga la culpa se hace responsable de ella.»

gase muy en cuenta la siguiente verdad: aun en el caso de que no hubiese magistrados encargados de velar por la conservacion del órden social, una vez conocido el autor de un crimen, no podria librarse éste de una reaccion dañosa de parte de sus conciudadanos, y que aún, prescindiendo de la venganza privada, se encontraria en un estado de completo aislamiento, y seria considerado como un miembro corrompido del cuerpo social (1). Ahora bien: ¿no es justo y prudente á un tiempo mismo, no dejar por completo al arbitrio privado, esa inevitable remuneracion del delito con el mal? ¿Y quién mejor que la sociedad misma, por el órgano del Estado, podrá determinar en cada caso la cantidad de mal á que se haya hecho acreedor el culpable? Y una vez que se haya determinado; ¿quién si no el

(1) Como el órden social no podria subsistir donde los ciudadanos no estuvieran persuadidos de que su interés propio exige que sea aquel respetado, ó en otros términos, que es imposible queden impunes los delitos, no puedo llegar á comprender como el ingeniosísimo Nicolás Tommaseo ha escrito (ob. cit , pág. 26): «Que el peligro de la impunidad no es el más grave de los que acompañan á la culpa.» La impunidad penal, consentida por el Estado, daria naturalmente lugar á una reaccion de la sociedad contra el delincuente, reaccion desordenada, y por consiguiente, sumamente peligrosa.

mismo Estado deberá llevarlo á efecto? (1)

Así llegamos á la pena, que se presenta como una determinacion justa, y una infalible aplicacion que el poder público, intérprete y ministro de una ley fundamental de la sociedad, hace del mal que ha merecido el autor de un delito. No puede decirse que la pena sea una defensa artificial de la sociedad más que en el sentido de que el concurso del poder, ministro del castigo, facilita en esta lo mismo que en todas sus otras funciones, la realizacion de la ley de la naturaleza. No es que el Estado exija un sacrificio al individuo, sino que una ley superior al Estado y al individuo, se hace valer viniendo á recaer en daño del que obró contra ella. Ni tampoco debe objetarse, solo porque esto restablece y asegura el orden perturbado, que sirva el individuo á quien se impone una pena, de instrumento para los fines sociales, toda vez que equivaldria eso á enunciar con suma exajeracion, el gran principio que establece, que el

(1) Es curiosa la objecion que Tommaseo opone á la pena de muerte y que por lo demás seria aplicable á cualquiera otra: dice, «que al imponerla la sociedad por temor á los daños que la impunidad acarrearía, puede excederse, como sucede frecuentemente cuando se obra bajo la impresion del miedo.» Este pensamiento se ve repetido varias veces en su obra (véase p. es , páginas 73 y 112.)

bien de los individuos es fin y medio á un tiempo de la sociedad, cuyos elementos son los mismos, porque sin ellos, no podria subsistir. Todas las veces que es violado el órden social por quien no quiere servirse de él, respetándolo como medio de obtener su bienestar, es necesario que triunfe la causa del órden, del que se mostró su enemigo, si no ha de perecer la sociedad (1), porque es harto evidente, que siempre habrán de existir en su seno fuerzas rebeldes, á las que será preciso oponer otras, ó en otros términos, que habrá siempre hombres que no reconocerán más freno que les aparte del delito, que el temor del mal que lo acompaña, y que para estos, únicamente se introdujo y dura todavia la amenaza de la pena (2).

(1) Ningun criminalista ha creído nunca que el ofendido que otorga su perdón, pueda también condonar el derecho supremo del órden. Tommaseo, por el contrario, ha tenido ese pensamiento, y ha dicho (ob. cit., pág. 68:) «¿Después de abolido el Talion, podrá la sociedad dejar de atemperarse á la voluntad del ofendido cuando este perdona?»

(2) Compréndese por esto la futilidad de la objeción que opone á la pena de muerte el Sr. Humblet (*Algunas palabras á propósito de la abolición de la pena de muerte, Lieja 1863*) en los siguientes términos: «Admitir que haya naturalezas tan perversas que coloquen á la sociedad en el caso de no poder defenderse más que con la pena de muerte, equivale á decir, se dá muerte á un hombre para librarse de la fatiga de vigilarlo y de ponerlo en situación de que no pueda hacer da-

XVIII.

Puesta así en claro y fijada con regularidad la noción de la pena, como mal que se hace sufrir al delincuente por razón de su crimen y por exigirlo la tutela social, tropieza inmediatamente de lleno todo el que prosigue el estu-

ño.» Puede contestarse al Sr. Humblet, que los defensores de la pena de muerte entienden que es necesaria esta cuando se hayan agotado ya inútilmente todos los medios de que dispone la policía preventiva: de modo que su razonamiento es una petición de principio.—Más extraña es la tesis que el señor Tommaseo sostiene en muchos pasajes de su libro, afirmando que el temor al mal no es en manera alguna eficaz para apartar á los hombres del delito. Esta tesis se halla en oposición abierta con el sentido comun, y sin embargo, esto no impide el que Tommaseo la proclame en los términos más explícitos. Las siguientes proposiciones lo demuestran entre otras: «Si no viera el hombre interponerse entre él y su crimen el fantasma de una pena atroz, se encontraría frente á frente de su maldad y le causaría esto mucho más horror que la pena (página 203.)—Temer una pena lejana prueba el predominio de la razón sobre la pasión, esto es, demuestra que también tendría influencia la amenaza de un dolor ménos grave.—Solo podrá evitar el crimen el terror de la muerte en aquellos que temen el dolor de las personas queridas, la ignominia ó la eternidad (pag. 211). Aquellos en quienes es nulo el temor de Dios, de los remordimientos, del mal en sí mismo, del vituperio que les sigue y del dolor de aquellos á quienes aman, ninguna influencia tendrá tampoco la amenaza de la pena (pág. 224.)»—Parece inútil refutar estas proposiciones.

dio de la filosofía penal con aquella gran cuestion á que se hallan sometidas todas las teorías de las penas, y la de la de muerte en particular; esto es, la cuestion que consiste en resolver qué penas son admisibles y en qué graduacion deben ser aplicadas á los diversos delitos.

Como ya lo he dicho y demostrado en el curso de este libro, á dos únicamente se reducen las diversas soluciones que á esa cuestion se han dado, dignas verdaderamente de ese nombre; la una es la doctrina política que viene á resolverse en el mecanismo del ataque y defensa; y la otra, la moral que aparece resumida en la fórmula de la espiacion. Dije además, que es necesario conciliar esas dos escuelas si se ha de sacar la filosofía penal de la anarquía en que se encuentra, y tengo la confianza de que las consideraciones que dejo expuestas con relacion á las principales doctrinas de los criminalistas modernos habrán llevado esa persuasion al ánimo de mis lectores. Ahora requiere mi asunto que me explique con más claridad acerca del modo con que á mi entender pudiera intentarse dicha conciliacion.

XIX.

Paréceme oportuno recordar ante todo, en breves términos, lo que constituye la oposicion

que existe entre la doctrina política y la doctrina moral de las penas.

La política, solo ve en el delito un cálculo equivocado de la utilidad ó daño que acarrea la observancia de la ley, en la amenaza de la pena, una especie de correccion ó enmienda de dicho cálculo, y en el acto de aplicarla una confirmacion de la indicada amenaza, encaminada al objeto de apartar á los malvados de nuevos crímenes (1). La doctrina moral descubre en el delito una torpeza, que consiste en la rebelion del hombre contra el órden, en la amenaza é imposicion de la pena ve el restablecimiento de aquel y un acto espiatorio que devuelve la paz á la conciencia perturbada del reo y de la sociedad.

Todo el que estudie los orígenes de esa oposicion de miras, tendrá ciertamente que convenir en que esta no es más, que una aplicacion especial y una consecuencia legítima de las doctrinas de la vieja escuela del *jus naturale* en lo concerniente á las relaciones de la moral con el derecho. Esa escuela perso-

(1) Un ilustre escritor reputado con razon como uno de los partidarios de la filosofia jurídica de Romagnosi, establece en estos términos el problema penal: «A la agresion criminal se opone la defensa penal: se trata de mantener en equilibrio la conciencia de una especie de mecánica de las fuerzas morales.» (*De la pena de muerte, artículo inserto en el Politécnico*, vol. 8.º, pág. 173.)

nificada en Cristiano Tommasio enseñaba que el derecho y la moral eran dos órdenes de hechos y razones completamente separados el uno del otro y presentaba al derecho como una fría y matemática reciprocidad de funciones é intereses. Esta doctrina, cuya sencillez atrae, se difundió fácilmente: ha prevalecido y prevalece aun quizá hasta en los mismos que la combaten, en términos generales y aplicada á la legislación y especialmente á la penal, debia manifiestamente producir la exclusion de todo sentimiento moral de los cálculos que exige el gobierno de la sociedad, dejando ese género de responsabilidad á la religion y á la conciencia. El utilitarismo de Benthan que sobrevino luego importado á Italia por Romagnosi, no fué más que una repetición algo exagerada de las doctrinas de Tommasio en lo relativo al derecho y régimen del Estado. Esa escuela habia separado del todo el derecho de la moral que creyó restaurar no reconociendo otra ley para los hombres y la sociedad que la del interés. De esa manera, como lo observaron perfectamente algunos alemanes, viene á considerarse al orden social más bien como un mecanismo, que como un organismo, y juzgo que la doctrina del ataque y defensa ha sido en el derecho penal la expresión más atrevida de aquella idea.

Pero no hay exceso que no suscite otro en sentido contrario. Al que pretendió separar por completo la moral del derecho, no tardó en contraponerse otro que quiso renovar la sociedad con ideas morales y religiosas mal definidas: renació en el derecho penal la doctrina de la espiacion y en ningun siglo ha sido más sensible y profunda la divergencia de opiniones que en el nuestro.

Creo que no carecen estas observaciones de importancia para el estudio que voy haciendo, puesto que nadie debe extrañar que tendiendo como tiende en la actualidad la filosofía del derecho, merced especialmente á los esfuerzos de la docta y buena Germania, á unir, partiendo de principios más elevados, lo que la dialéctica de los jurisconsultos y publicistas del siglo XVIII habia separado; esto es, el derecho y la moral, se intente también esa union en el derecho criminal sobre el que tanta influencia ejerce una tan desacertada separacion. Pero como lo he observado más arriba, es preciso que la indicada conciliacion no sea tan exterior como la propuesta por Rossi, al que á pesar de todo hay que atribuir el mérito de haber sido el primero lo mismo en Francia que en Italia que concibió el pensamiento de realizarla.

XX.

Me extendería demasiado si quisiera tratar el tema de las relaciones del derecho con la moral, aun bajo el punto de vista del derecho criminal, como lo haría en una obra destinada especialmente á ese objeto: así que, expondré someramente mi modo de pensar, renunciando á su completo desenvolvimiento.

En mi entender, la diferencia entre la moral y el derecho, está reducida á que aquella es más amplia y contiene en sí á este último (1). La moral comprende todos los deberes del hombre, y el derecho únicamente los que nacen de las relaciones sociales que median entre los individuos, y propiamente de aquellas relaciones á que su voluntad ó la na-

(1) Dice Tommaseo (*De la pena de muerte*, pág. 15.) «La moral es el género, y el derecho la especie: aquella contiene los principios, y esta una série de las consecuencias.»—Y en otra parte dice (pág. 133): «Se puede distinguir pero no separar la imputabilidad moral de la civil, y no pudiendo ocurrir nunca que esta se halle en oposicion con aquella, de aqui el que la civil sea una imputabilidad moral algo más grosera.»—Pocos jurisconsultos se hallan persuadidos todavía de esta gran verdad, y si Tommaseo la dedicara una obra especial, haría ciertamente un gran servicio á la ciencia y á su misma reputacion. Deseo y espero que otras voces más autorizadas le animen á ello.

turalidad misma dan origen, á fin de realizar sus recíprocas ventajas. No es cierto en manera alguna que exista diferencia sustancial entre lo moral y el derecho con relacion á sus objetos y fines, en el sentido de que la moral se proponga el perfeccionamiento espiritual y el derecho por su parte el bienestar físico, porque todos saben que el derecho en una de sus partes, la que se refiere á la familia, es esencial y verdaderamente moral, y se funda en las exigencias más elevadas de la naturaleza humana, tendiendo á ordenar del modo más moral la vida que los hombres hacen unos al lado de otros. Lo que resta del sistema jurídico, el derecho patrimonial y económico, ¿no es ciertamente un capítulo de la ética, no implica y procura inmediatamente puntos determinados del humano perfeccionamiento; no es un medio que tiende á un fin y ese fin no es el mismo perfeccionamiento? El hombre no puede vivir ni alcanzar su propio destino, si no se sirve de las cosas materiales, y el derecho económico es precisamente la distribución ordenada de esas cosas entre los hombres asociados. Forma, por consiguiente, parte en cierto modo de la moral, indirectamente, si se quiere, así como los medios más remotos de lograr un fin, se hallan subordinados á este. ¿Cómo se podría explicar de otra manera la

verdad de que todas las obligaciones jurídicas van acompañadas de una sancion moral, y que el derecho privado nunca puede sancionar obligaciones esencialmente inmorales? Hace alguno aquí una objecion diciendo que á las veces el derecho se halla en contradiccion con la moral, pero hay que rectificar ese aforismo bastante antiguo, por que, ó se habla de contradicciones entre las reglas del derecho y las de la moral, y niego en ese punto que puedan depender de otra cosa que de la imperfeccion vencible ó invencible de las leyes humanas, ó se habla del mal uso que alguno puede hacer del derecho con detrimento de los deberes morales que le incumben, y entónces, observaré que ese mal uso es ciertamente una de las formas de la libertad humana; de modo que por ese lado, no se halla más opuesto el derecho á la moral, de lo que lo está la moral á la libertad humana.

XXI.

La identidad que existe entre el derecho y una parte del órden moral, da lugar á una primera é inmediata consecuencia, á saber: la de que no solo es toda violacion del órden jurídico una violacion al propio tiempo del ór-

den moral, sino que, toda violacion del órden moral, sea cual fuere, se convierte tambien, por lo que á las relaciones humanas atañe, en una violacion del órden jurídico. A nadie sorprenderá la primera proposicion: quizá no acontezca lo mismo con la segunda, aunque se halla estrechamente ligada con todo lo que se acaba de exponer; importa, por tanto, que mi benévolo lector, fije su atencion en el significado preciso de mis palabras.

No digo yo que la ley positiva deba constituirse en vengadora de cualquiera inmoralidad que ocurra en las relaciones de hombre á hombre, puesto que el legislador puede tener buenos y suficientes motivos para no obrar de esa manera en muchos, y hasta en muchísimos casos; lo que entiendo decir es, que si el círculo de las relaciones sociales ilícitas, es mucho ménos vasto que el que la moral trazaria, solo puede depender eso de razones, de prudencia, que el legislador habrá tenido en cuenta, y que equilibran y superan el peso de los que la moral alega en contra. Y aquellas razones pueden ser tan universales, absolutas y evidentes como estas últimas. Explicaré mi pensamiento con un ejemplo. Las relaciones amorosas entre dos personas no ligadas por el vínculo del matrimonio, constituyen ciertamente una inmoralidad, y sin embargo

ningun código las declara contrarias al derecho individual, y ningun hombre de buen sentido, puede pensar de otro modo. Pero es evidente tambien que relaciones de esa naturaleza consideradas en sí mismas, contrarian los derechos de los demás, y al propio tiempo, el fin natural de la union del hombre con la mujer, toda vez que los séres que de ellos puedan nacer, tienen el derecho de nacer legítimos, y no ser condenados á la inevitable inferioridad de la prole natural, lo mismo ante la ley, que ante la opinion pública. ¿Por qué, pues, no prohíbe y no castiga la ley el concubinato precisamente en nombre del derecho de los terceros que han de nacer? La razon es óbvia y suficiente y en ella estriba la prudencia política á que há poco aludí; porque si existiera una ley de esa especie ¿á qué quedaria reducida la libertad individual y la del domicilio? Podrian hacerse observaciones análogas con respecto á otros muchos casos en que la ley moral está en desacuerdo con la positiva, al distinguir lo lícito de lo ilícito en las relaciones humanas: á la ciencia de la legislacion toca despues desenvolver la multitud de conceptos contenidos en la idea general de prudencia política y fijar los límites que separan la prudencia de la imprudencia.

No me ocuparé de investigar, si no que

daré ya por resuelto y bien definido qué acciones son las que la ley jurídica puede prohibir y cuáles de entre ellas puede considerarse que constituyen delito y dan lugar á castigo. Hay que resolver la primera de estas cuestiones con el auxilio de los axiomas generales de prudencia política, que dejo indicados más arriba, y la segunda con solo asignar algunos de los varios caractéres exteriores de las acciones humanas, que reúnan á la responsabilidad civil ordinaria que nace de la violacion del derecho ajeno, la otra excepcional de la pena que debe sufrirse. La segunda cuestion, es todavia más difícil que la primera, porque los escritores de derecho no se han puesto aun de acuerdo en ese punto, proviniendo de ahí, sin duda alguna, la notable imperfeccion de muchas leyes criminales. Pasaré por alto, no obstante, todas esas controversias, puesto que basta la idea general de la violacion del derecho, para comprender las relaciones que median entre la pena de un lado, y el derecho y la moral del otro.

XXII.

La identidad que sustancialmente existe entre el órden social y el órden moral de las relaciones humanas, da por resultado que no

pueda ser mayor ni menor la gravedad de un delito cualquiera, considerado con relacion á la sociedad, de lo que lo es con relacion á la moral. (1). La estrecha conexion que se advierte entre esas dos proposiciones, casi me dispensa de aducir nuevos argumentos en corroboracion de la segunda; pero no me parece supérfluo esforzarme á fin de que alcance la persuasion de mis lectores el mayor grado posible de evidencia.

Si la balanza de la justicia fuese distinta de la que emplea la moral para apreciar los más graves delitos, ningun Código penal habria obtenido jamás la adhesion de pueblo alguno. Todos los escritores verdaderamente entendidos en la ciencia de la legislacion, enseñan que la eficacia práctica de las leyes penales, solo puede lograrse á favor de esa adhesion popular que todo legislador debe esforzarse en conseguir.

Sin embargo, es singular la contradiccion en que incurre la mayor parte de los criminalistas, quienes al paso que predicán que lo que es delito á los ojos del legislador, debe ser tambien tenido como tal por la conciencia del

(1) Tommaseo entrevió esta verdad (ob. cit., pág. 148), así es que dice: «La verdadera medida de la pena, debiera ser la importancia más ó ménos esencial que tuviese la ley moral infringida con la culpa.»

pueblo, proponen con respecto á la gravedad de los delitos un criterio distinto del que la moral tiene establecido (1). No me será difícil demostrar que ese pretendido criterio, ó no sirve de nada ó viene á resolverse en el moral y esta demostracion confirmará del modo más sólido posible, la proposicion que dejo enunciada.

Dos son los elementos, que segun el mayor número de criminalistas, sirven para apreciar la gravedad de los delitos: *el dolo subjetivo, y el daño objetivo.*

No veo en qué pueda diferenciarse el primero del criterio de la gravedad moral del delito y reto á cualquiera á que demuestre que no es el juicio de la malicia humana (dolo) entera y exclusivamente subjetivo.

No es igualmente evidente la identidad del criterio de la gravedad moral y del de la del daño objetivo del delito, aunque no presenta gran dificultad su demostracion.

Dicen muchos criminalistas que la importancia de las consecuencias ha constituido siempre y no puede dejar de constituir, un elemento de la gravedad del crimen, y que

1) Este erróneo principio fué, como ya lo he demostrado antes, el punto de partida que Rossi y su escuela eligieron al intentar la conciliacion, conciliacion á la verdad exterior y ecléctica.

precisamente cabe medir y comparar con más facilidad esas consecuencias que el de la abstracta gravedad moral y la malicia subjetiva. Contesto á esto, que si solo se atendiera á la gravedad de las consecuencias para juzgar la de los delitos, se llegaria á conclusiones inadmisibles. Por ejemplo, deberia considerarse el homicidio de un anciano caduco de muy poca importancia; el de un malvado, quizá hasta digno de perdon, si se los comparase con el de un hombre jóven y honrado; pero no es posible aceptar semejantes conclusiones, porque se sublevan contra ellas las leyes morales y la voz de la conciencia.

Pero concediendo que la gravedad del delito se mida por la importancia del daño causado, puede todavia preguntarse de qué entidad de daño se entiende hablar; ó en otros términos, cómo debe medirse ese daño que á su vez ha de servir de medida. Es claro que, con relacion á las leyes de la naturaleza exterior, ningun acto humano produce daño ni provecho, puesto que solo es una modificacion de las formas de la existencia; y así, que esa idea y la entidad del daño, solo pueden ser morales. Cuando se dice que el daño causado injustamente por un ladron constituye un delito, se da á entender que la propiedad es indispensable á la naturaleza moral del hombre;

y cuando se expresa que el homicidio es el más grave de los delitos, se afirma también que la pérdida de la vida es el mayor mal que el hombre puede sufrir, no por otro concepto, sino porque la vida es el más precioso de sus derechos. Mas si la esencia del daño del delito es completamente moral, ¿á qué viene á reducirse el parangon que se hace entre los daños producidos por dos delitos de naturaleza distinta, v. gr. del hurto y el robo, como no sea á una comparacion de los deberes violados por uno y otro? Luego el pretendido criterio del daño, aplicado á los delitos de diversa índole para apreciar su entidad confrontándolos, equivale á una enunciacion indirecta del criterio del dolo, esto es, del criterio que emana de la gravedad moral del delito.

Ni se puede decir tampoco que, cuando se acrecienta el daño objetivo, se aumente proporcionalmente la gravedad de un mismo delito, porque para que se produzca por aquel acrecentamiento ese efecto, es preciso que sea indicio de mayor dolo; esto es, de la violacion de un deber más importante. Así, por ejemplo, puede castigarse con la misma severidad al que roba ciento que al que roba ciento cincuenta; pero se impone mayor pena que en esos dos casos al que roba cien mil y con

harta razon, porque si al apoderarse de una pequeña suma se procura simplemente el culpable una satisfaccion ilícita, al robar una muy considerable, pone completamente á cargo de la sociedad su propia existencia.

Han clasificado algunos los delitos, tomando por punto de partida la entidad del daño, pero no del daño inmediato, sino del mediato; es decir, del peligro en que la sociedad se encuentra colocada frente á frente del delincuente.

Pero este nuevo modo de esquivar el criterio de la gravedad moral de los delitos, no es ménos feliz que el primero, puesto que, ó se alude al peligro que la misma culpa se atrae, y entonces puede ser idéntico, aunque los delitos sean diversos, ó se entiende hablar del peligro en que las disposiciones morales del culpable colocan á la sociedad, y entonces solo puede calcularse su importancia apreciando la gravedad moral del delito, ó sea la extension del deber violado.

XXIII.

Por último, la identidad que sustancialmente existe entre el órden moral de las relaciones humanas y el órden social, tiene por inevitable consecuencia el que la pena, que segun se ha

demostrado, es una necesidad social, lo sea al propio tiempo moral. Juzgo inútil añadir nuevos argumentos para hacer resaltar la evidencia de esa proposición, y únicamente haré observar, que si se condenan y han sido condenadas siempre la impunidad y la desproporción de las penas, ha sido porque deben considerarse y han sido constantemente consideradas como insignes injusticias y gravísimas inmoralidades.

XXIV.

Todas las deducciones que he venido haciendo del principio de la identidad del orden moral de las relaciones humanas, y del orden social reunidos, encierran la solución del problema que me había propuesto, esto es, la tan deseada conciliación de las dos escuelas que existen en materia penal, la moral y la política. Voy á demostrarlo.

Obsérvase que en todos los hombres, la elección entre el bien y el mal, el juicio que se forman acerca de la bondad ó maldad de las acciones, las ideas morales en una palabra, no son sólo el fruto de la razón, sino también efecto las más de las veces del sentimiento ó de la conciencia. No diré que ese sentimiento sea un hecho primitivo como lo juz-

gan los que solo ven en la filosofía moral la filosofía de la conciencia. Por eso manifesté al hacer en otra ocasión una breve reseña histórica del desenvolvimiento de las ideas morales en el hombre, que este empieza por ser *tabula-rasa* así respecto á ideas morales como á ideas de otra especie, y aparte de esto como no se admite que las tenga i natas, tampoco es posible admitir sentimientos de ese género, puesto que la idea y el sentimiento son inseparables (1). Ciertamente, no obstante, que movido en su origen por naturales instintos y desarrollándose despues con la educación y la experiencia, el sentimiento moral, llega á concentrar en sí y á custodiar en su gérmen los principios sobre que descansa la moralidad humana, y que con los atractivos y repugnancias que del mismo emanan, se constituye en guía de la conducta de cada cual, cuantas veces concibe la mente con claridad la idea ú objeto de un determinado modo de obrar. He querido, sin embargo, hacer notar que el sentimiento moral, en lo que á nuestras acciones se refiere, viene á ser lo mismo que la conciencia; pero que en lo rela-

(1) El sapientísimo Beccaria, dijo: «Los sentimientos morales son obra de muchos siglos, y resultado de mucha sangre; se producen en el alma humana con gran lentitud y dificultad.» (*De los Delitos y Penas*. Párrafo 23.)

tivo á las acciones de los demás hombres, pasa á ser una extension artificial de esta última, toda vez que conocemos la torpeza de un delito, porque nos colocamos con la imaginacion en el caso del reo en el momento de delinquir, lo mismo que compadecemos al que sufre figurándonos lo que sufriríamos nosotros mismos si nos halláramos en su situacion.

La necesidad de la espiacion de los delitos que una de las escuelas criminalistas ha elevado á principio de filosofía penal, nace del sentimiento moral y de la conciencia (1), y ese sentimiento de semejante necesidad, viene á ser en sustancia el mismo de la necesidad moral de la pena, y de una pena proporcionada á la gravedad del delito moralmente considerado. Y á la verdad, si la moral suministra de un lado la idea del delito y su gravedad, siendo al propio tiempo la pena una necesidad moral, y si por el otro, el hombre no solo tiene una racional persuasion, sino tambien un profundo sentimiento de todas las leyes morales, ¿no es acaso muy natural que todos los que se hallen dotados de este sentimiento y experimenten por tanto el imperio

(1) Dice el profesor Haus (op. cit., pág. 46!) «La armonía entre el bien y la felicidad, entre el mal y el sufrimiento, no es tan solo una concepcion de nuestra razon, sino que además constituye para nosotros un sentimiento.»

moral del deber y del derecho, comprendan al propio tiempo la existencia y gravedad del crimen, y la necesidad de que se castigue al que lo cometió? En ambos casos, la idea del orden moral en la que se presenta al hombre en toda su pureza, es decir, como idea absoluta, como un verdadero precepto categóricamente expresado, para usar de las mismas palabras que emplea el filósofo de Koenigsberga. El orden es una necesidad moral, hé ahí la esencia del sentimiento y de la conciencia, y la pena á su vez, es tambien una necesidad moral como el orden perturbado por el delito, hé ahí la esencia del sentimiento de la espiacion.

Los que censuran en la idea de la espiacion su carácter absoluto, que segun dicen presenta á la pena sin otro fin ú objeto que ella misma, no han reflexionado que solo sienten la necesidad de la espiacion los que tienen una nocion pura y elevada de las exigencias del orden moral, que esos dos sentimientos se refunden en uno solo en términos que su objecion vá á recaer sobre la idea de aquel mismo orden, como si no fuera éste primitivo y absoluto y sirviera de fin á sí propio, dado el plan general de la naturaleza. Debiera decirse, lejos de oponer el argumento indicado, que en la idea de la espiacion se encuentra la intui-

cion más profunda y exacta de los motivos á que obedece la pena, que segun ya tengo dicho, no es más que la reaccion del órden violado contra el cual y sobre el cual no puede prevalecer razon ni derecho alguno. Y no debe esto causar extrañeza, puesto que segun los filósofos, es natural que el sentimiento recoja y abrace, si bien de un modo algun tanto indeterminado, las leyes naturales que rigen al hombre y á la sociedad.

Tienen los criminalistas la mala costumbre de considerar la espiacion como meramente emanada de las creencias religiosas, y de apoyarse en ese motivo para excluirla del campo de la ciencia. Bajo ese concepto dicen, se presenta la pena al entendimiento como una imperiosa necesidad de un órden superior al hombre: pero así como en la ciencia social no se puede hechar en olvido las razones que se refieren al individuo, de la misma manera puede convenir solamente aquella idea al que haga derivar la ley penal de la inescrutable voluntad de Dios siguiendo las enseñanzas de la religion.

No pretendo hacer en esta ocasion una crítica completa de doctrinas que hoy gozan de gran crédito y que versan sobre las relaciones que median entre la religion, la moral y la sociedad; solo me limito á decir que las ense-

ñanzas religiosas referentes á la pena y á la espiacion en nada se diferencian de las de una filosofía social que por cierto no puede ser tachada de poco profunda y nadie podrá echarme en cara que equivoque dicha ciencia con la teología. Pues bien, cuando la religion nos dice que la pena borra el pecado ¿quiere por ventura significar otra cosa sino que el desorden producido por el delito subsiste hasta que el mal, consecuencia propia del mismo, haya venido á asegurar el orden para lo sucesivo? ¿y cuando la misma religion nos enseña que es un deber moral en el delincuente sufrir la pena, justamente impuesta al delito que cometió, podrá decirse que ese precepto es muy propio de la moral religiosa, pero sin que por eso deba desconocerse la alta significacion que tiene tambien en la filosofía civil? Ese precepto emana en ultimo resultado de la nocion relativa á la necesidad orgánica de la pena, como medio de que subsista el orden social y esa necesidad imperiosa é irresistible, á pesar de las opiniones que acerca de ella pudieran haber formado algunos criminales aisladamente, puede, sin embargo, ser reconocido por ellos mismos y además la muestra bien á las claras á sus ojos la religion. Lo que en las doctrinas religiosas acerca de las penas traspasa verdaderamente los límites de la filosofía

humana, es lo concerniente al castigo que se impone por los delitos despues de la muerte; pero esto, lejos de significar que no esté relacionada la justicia social con la moral, da tan solo á entender que la primera abraza un campo ménos vasto que la segunda y que es esencialmente imperfecta en sus determinaciones.

¿A qué viene á reducirse, pues, la opinion de los que quieren relegar la espiacion al campo de la teología? A una protesta que formulan contra el carácter terminante de una de las más vitales exigencias de órden social. Protesta vana, por que lo repito, el órden social no es ménos absoluto que el moral y sus exigencias no son ménos categóricas, aun cuando deba sacrificarse al individuo como sucede en la pena, siendo este como es, y lo he dicho muchas veces á un tiempo mismo, medio y fin de la armonía social. Ahora bien, si el sentimiento de la espiacion, lo mismo que el de la moral de que es expresion, no puede dejar de coincidir con máximas de la ciencia social con respecto á los caractéres del delito, á su gravedad y necesidad de una pena determinada, si se ha demostrado que el órden social y el moral son idénticos en lo relativo á todos esos puntos, si todo ello es verdad, preguntaré ahora: ¿Cómo podrán dejar de ser meramente accidentales las discrepancias que se observen entre la doctri-

na política de las penas y la doctrina moral de la espiacion? ¿Podrá dejar de existir un principio dentro del cual se concilien y confundan ambas doctrinas?

XXV.

Ahora bien, la diferencia entre las dos doctrinas viene á reducirse á lo siguiente. La política considera á la pena, colocándose en el punto de vista del Estado, supremo ministro del orden en la sociedad, y la de la espiacion la juzga á su vez bajo el punto de vista de las relaciones del individuo con la moral y con el orden. Aparte de esto, en la primera prevalece la consideracion racional de la correspondencia del medio con el fin, al paso que la segunda obedece al sentimiento de la íntima union del orden moral y social (1); Pues bien, ¿no son estas evidentemente meras diferencias de punto de vista en el juicio que se forma acerca de una cosa misma?

El orden *social-moral* es justamente el

(1) Aquí Tommaseo objeta (op. cit., pág. 83): «Pero ¿el de la sociedad que se dice amenazada es orden siempre?»

Puede contestársele que si no se debiera defender el orden relativo, á falta del absoluto, no existiria derecho alguno contra la anarquía que solo se apoyaria en una peticion de principio.

principio en que vienen á confundirse las dos doctrinas y en él puede hacerse consistir esa conciliacion de entrambas, tantas veces invocada, y que en el curso de esta obra he venido preparando; conciliacion íntima y completa, no exterior y casi accidental, como la que el ilustre Rossi, Haus y otros criminalistas de su escuela han sugerido (v. pág. 34). (1)

En el orden *social-moral*, el individuo es fin y medio á un tiempo mismo: fin en cuanto se vale de la sociedad como de un fuerte auxilio para su propio bienestar, y medio en cuanto no puede destruir el orden de la sociedad que le sirve de apoyo. Este mismo tiene, por consiguiente, iguales exigencias con respecto al hombre; exigencias que la conciencia como necesidad moral de su naturaleza, le revela, y que tambien la ciencia política consigue demostrar, presentándolos como medios indispensables para la conservacion del cuerpo social. Las sugerencias del sentimiento

(1) Me causa mucha satisfaccion ver que un reciente escritor de derecho penal, (*Buccellati, Guia para el estudio del derecho penal, introduccion*), haya fundado sus doctrinas en este principio, pero no sé si vé con tanta claridad como creo verlo que en las doctrinas más opuestas que hasta ahora han venido disputándose el campo de la filosofía de las penas, se encuentra el germen de aquel y sí comprende la importancia científica que el mismo principio tiene al tratar de conciliar las mencionadas doctrinas.

moral, tienen que coincidir precisamente con las exigencias de la ciencia política; de la misma manera que coinciden y hasta forman una sola cosa el derecho y el orden social de un lado, y la moral y el orden de las humanas relaciones del otro.

XXVI.

La identidad que entre la doctrina política y la moral existe en lo referente á la pena, constituye á mis ojos, como ya lo he dicho antes, un principio de tal naturaleza, que puede suministrar los elementos necesarios para imprimir nueva direccion, lo mismo á la filosofía de las penas en general, que á la cuestion de la pena de muerte en particular. No será, pues, inútil que emplee algunas palabras á fin de dar mayor claridad á este punto.

Hace ya mucho tiempo, que la legislacion criminal se emancipó de la idea de la venganza y del Talion que predominaba en la edad media; pero al querer los escritores modernos impugnar esas ideas, se han fijado, como ya lo he observado varias veces, en una doctrina opuesta, abocando exclusivamente á la política el problema del objeto y graduacion de las penas, y negando por completo que sea ese al

propio tiempo un problema moral. Mas el que atiende á los hechos más que á las palabras y á los resultados más que á los propósitos, tendrá que reconocer que no ha variado la esencia de la cosa solo porque se le haya cambiado el nombre; pues á la verdad, no hay legislación penal alguna en que no sea proporcionada la cantidad de la pena asignada á cada delito, á la gravedad moral del mismo, de modo que el legislador y el pueblo se hallan perfectamente de acuerdo en el principio que sirve de fundamento á la justicia social. (1).

(1) Cuesta poco comprender que ni el criterio que emane de la agresion criminal, ni el del daño mediato ó inmediato, pueden servir de norma fácil y segura á los autores de un código penal. Los delitos y las penas, en realidad, no han sido determinados nunca más que tomando por guia á la moral y á la conciencia. Cuantas veces ha querido un legislador abandonar esa regla para seguir otras doctrinas, dió leyes demasiado duras que fueron condenadas por la opinion pública y abolidas poco despues. El Código penal francés, de 1810, que fué inspirado por la política utilitaria ó por el solo principio de intimidacion, mereció la censura de todos por su excesivo rigor. Observa el profesor Haus (op. cit., pág. 33) que el artículo 291 se refiere á hechos civiles, que el art. 207, castiga el cumplimiento de un deber; que el 108 y el 107 imponen la traicion, y que el 90, pena el solo propósito y hasta casi el pensamiento de delinquir. La reforma de las leyes penales francesas, llevada á cabo por la ley de 28 de Abril de 1832, aunque bastante incompleta, fué resultado de las nuevas doctrinas sostenidas por Rossi, Cousin y el Duque de Broglie.

Una vez, empero, que haya quedado demostrada la paridad que existe entre la doctrina política y moral de las penas, la ciencia criminal podrá reformarse, cesando en ella la inveterada contradicción que siempre existió entre los propósitos y declaraciones de los legisladores y la que realmente consignaron en los códigos. Se podrán resolver muchas cuestiones dejando satisfechos todos los intereses á que obedece la pena, y se dejarán á un lado muchas soluciones que son imperfectas, porque solo satisfacen algunos de aquellos cuando los criminalistas teóricos profesen y apliquen fielmente una gran verdad que en todo tiempo fué prácticamente observada por los legisladores, á saber: *que nada puede ser justo en la ciencia social, cuando se trata de definir el delito ó de apreciar su gravedad y fijar la pena, sino se adapta perfectamente á los preceptos de la moral y al sentimiento que de esta tienen los ciudadanos* (1).

(1) Dice acertadamente el profesor Haus, hablando del principio moral (op. cit., pág. 70): «¿Por ventura, no se ha debido á ese principio el que la humanidad haya podido penetrar en el santuario de la justicia, que la penalidad se haya mitigada considerablemente y que el sistema de las circunstancias atenuantes permita al Juez establecer el equilibrio entre el castigo y la ofensa?»

XXVII.

Podria y hasta deberia ahora no añadir palabra alguna á la larga digresion que acabo de hacer en los estudios críticos que forman el objeto principal de mi libro, pero así como no entraba en mi propósito resolver la cuestion de la pena capital, tampoco podia proponerme exponer un sistema completo de filosofía penal. Esto no obstante, me ocurre que, si no añado nada á las precedentes consideraciones, mis lectores no podrán comprender bien, no ya lo que yo pienso con respecto á la pena de muerte, sino ni siquiera el modo de llegar á conclusiones prácticas en esa cuestion, partiendo de los principios que he sostenido, por que es, á la verdad, difícil de comprender al primer golpe de vista, cómo pueda desprenderse de la circunstancia de ser la pena una necesidad moral inherente al orden de la sociedad y de tenerse que graduar por la gravedad moral de cada delito, una contestacion á las preguntas siguientes. Qué especie de pena conviene imponer á los delitos de determinada índole y si tal ó cual pena es ó no admisible.

Juzgo indispensable por esos motivos prolongar mi digresion exponiendo algunas re-

glas metódicas que puedan servir de guía al proceder á la eleccion de las penas.

En mi opinion es muy principal entre esas reglas las siguientes: *La cantidad del mal que se hace sufrir al que ha obrado con un grado determinado de perversidad moral, no es variable, sino constante y absoluta.* Aplicando esta regla á la cuestion de la pena de muerte, debe decirse que dicha pena no puede ser justa unas veces, é injusta otras, sino que una vez admitidas su justicia y necesidad con relacion á ciertos delitos, lo ha de ser de un modo absoluto, en todo tiempo y lugar.

Parecerán extrañas y sorprendentes estas proposiciones á la gran mayoria de los criminalistas de nuestra época, y precisamente por eso mismo he querido hablar clara y francamente. Es un principio inconcuso para los criminalistas políticos la variabilidad, no ya solo de las diversas clases de pena, en lo cual no estoy conforme, sino tambien de la cantidad misma del mal penal impuesto á los autores de los delitos (1). Fácil me será combatir estas doctrinas.

Si es cierto que el delito consiste en la vio-

(1) Esta opinion que casi todos los criminalistas enuncian, ha sido considerada como principal argumento contra la pena de muerte, en una peticion presentada al rey de Holanda por la *Sociedad de artes y ciencias* de la provincia de Utrecht.

lacion de un deber moral, y que su gravedad iguala á la del deber violado, y si la pena repara esa violacion siendo un mal que iguala en cantidad á la gravedad moral del delito, para que pudiera variar segun los tiempos y lugares la cantidad de la pena con que se conmina un delito mismo, seria necesario en último resultado, que el valor que la conciencia atribuye á los deberes morales, variase tambien con solo el trascurso del tiempo ó cambio de localidad. ¿Y quién podria sostener semejante tésis? ¿Habrá alguien á quien sea necesario demostrar que siempre y en todas partes el parricidio, el asesinato y el hurto inspiran la misma repugnancia y que siempre y en todas partes los autores de esos delitos deben vencer el mismo grado de resistencia del sentimiento moral?

No daré grande importancia á los argumentos que alguien pudiera hacerme, alegando el ejemplo de pueblos que admiten y hasta encomian acciones calificadas en otros de delitos. Pero sin entrar en la grave cuestion de la constancia de las ideas morales, y de la influencia que sobre las mismas ejerce la civilizacion aun entre los pueblos de raza é índole en alto grado diversos, me limitaré á observar, que es más fácil falte un sentimiento moral que tenga esencial importancia en la

vida de tal ó cual pueblo, en otro, que el que ese mismo sentimiento pueda tener diversos grados de intensidad en pueblos distintos. Comprendo muy bien que pueda un pueblo salvaje devorar las carnes de sus ancianos padres, pero no concibo que pueda el parricidio suscitar en dos pueblos civilizados diverso grado de repugnancia y de horror.

Más fuerte podría parecer al pronto, la objecion que se me hiciera diciendo que hay delitos de la misma naturaleza que ocurren con desigual frecuencia en tiempos y lugares diversos, y que no es razonable asignarles la misma pena, toda vez que la repetición más frecuente de un crimen exige un castigo mayor que el que debe imponerse al que se comete raras veces.

Sé muy bien, que los legisladores suelen oponer una pena más fuerte al creciente peligro de un delito, así es, que no niego que existe necesariamente cierta relacion entre aquella premisa y esta consecuencia; lo que sí niego, es, que ese modo de proceder de los legisladores, sea justo y prudente. Y á la verdad, como lo indica la misma expresion de ataque criminal, el sistema que combato, consiste en último resultado, en imputar al delincuente no sólo la perversidad de su alma por haberse desentendido del freno de la con-

ciencia para satisfacer sus bajas pasiones, sino tambien la excitacion al delito que pudo emanar del exterior, como por ejemplo, de leyes injustas, de instituciones poco previsoras, ó de sociales desórdenes. Por el contrario, en mi opinion, la responsabilidad penal, no difiere en nada de la moral, y sólo puede por tanto hacerse cargo al delincuente de la malicia que demostró con su delito. ¿Quién no conoce que la primera de esas dos doctrinas no es ciertamente la que está más en armonía con el sentido moral? ¿Quién no vé que son incompatibles esas dos ideas del ataque criminal y moral responsabilidad y que es soberanamente injusto que la ley trate de reprimir con el castigo delitos que hubiera podido y debido evitar, y de que se ha hecho cómplice la sociedad misma, incurriendo en responsabilidad por no haber acudido á prevenirlos?

La inusitada frecuencia de un crimen en determinados lugares y tiempos, revela indudablemente una falta de equilibrio y cierto desórden social que impele á los hombres á delinquir; en presencia de ese mal el primer deber del legislador consiste en dedicarse desde luego á hacer oportunas reformas; solo cuando hayan tenido lugar estas, el número de delitos será en un término medio el normal, esto es, el que en toda sociedad se ad-

vierte y que los estudios estadísticos vienen registrando desde muy antiguo. Solo entonces podrá atribuirse por completo el delito á la corrupcion y á la perversidad, pues si el legislador se ocupa de las penas, y redobla los golpes de la represion antes de efectuar aquellas reformas y de que la frecuencia de los delitos haya bajado, por decirlo así, al nivel ordinario, se asemeja al pedagogo que apela á los azotes cuando bastaria la persuasion y recoge iguales frutos, esto es, consigue que sea más obstinada la resistencia, é impele á los malvados á una guerra declarada contra el órden existente; de modo que en vez de hacer que decrezca el número de los delitos, lo aumenta considerablemente (1). En Italia debemos tener seguramente una prueba práctica

(1) Solo dentro de estos límites, esto es, refiriéndose á una verdadera imperfeccion de la sociedad en virtud de la cual fomenta esta misma los delitos, puede suscribirse á las siguientes palabras de Tommaseo que aplicadas á la pena en general, vendrian á condenar todo el sistema penal: «El que ensucia barre; y una sociedad que ha dado el ejemplo del mal, que ha preparado la declinacion, que no ha sabido contener á tiempo ni prestar al caido desde el primer momento la fuerza necesaria para levantarse y reponerse, no tiene el derecho cuando lo vé al borde del abismo de precipitarlo en él exorándole y rogando al propio tiempo por su alma (op. cit., página 28.)» Pero Tommaseo no hace distincion de casos y así llega á poner en duda la justicia no solo de la pena de muerte sino de cualquiera otra (véase la misma obra, pág. 103).

de esa proposición, si es cierto, según lo han afirmado muchos, que el llamado *brigandaje* ha sido fomentado muy principalmente por las injustas y opresoras relaciones que median entre los propietarios y la gente del campo en los territorios del Mediodía.

Si alguien me objeta que no hay sociedad alguna que pueda estar segura de no contribuir indirectamente á cierta clase de delitos porque no se encuentra ninguna perfecta, contestaré que existen ciertas imperfecciones en la cosa pública que todos toleran, al paso que hay otras que nadie puede tolerar, y que el criterio que las distingue reside en las ideas de justicia y de orden que predominan en determinados países y tiempos, y que solo cuando se ha hecho la debida aplicación de esas ideas á las leyes y á las instituciones, puede llegar á tener el Estado social la certidumbre de no ser responsable de ninguno de los delitos cuya perpetración consiente el grado de altura en que se encuentra (1).

(1) La opinión combatida en el texto y que consiste en sostener que la pena de muerte puede ser necesaria para ciertos delitos y determinados tiempos, cuenta muchos adeptos, especialmente entre los jurisconsultos italianos. Fué profesada por Rossi y Romagnosi y la han repetido recientemente To-

XXVIII.

Ese argumento de los límites que separan la prevención política de la represión penal de los delitos, es uno de los más vitales de la ciencia del derecho criminal, y al propio tiempo uno de los menos estudiados. El gran Romagnosi ha insistido mucho en la última parte de su *Génesis del derecho penal* sobre ese doble deber que la sociedad tiene de precaver valiéndose de medios indirectos y de reprimir de una manera directa con el castigo, las acciones que constituyen delito; pero su doctrina ha llegado á ser un aforismo estéril en las obras de filosofía del derecho, á causa de no haber sabido ni él ni los demás escritores que le sucedieron, fijar reglas de criterio que sirvieran para juzgar prácticamente si puede decirse que se hayan llenado esos deberes y en caso afirmativo hasta qué punto quedaron cumplidos. Sin embargo, hasta que se haya hecho esa investigación, nadie podrá decir que el sistema penal de tal ó cual país padece de excesivo rigor ó de estremada indulgencia y en-

lomei, profesor en Pádua (*Derecho penal*. Pádua 1863, páginas 253 y 384): Martine li (*De algunas reformas del Código penal italiano*. Nápoles 1863, pág. 104) y Pisanelli en sus discursos parlamentarios de 1863.

tretanto se redactan y modifican Códigos penales, se alteran y varían las escalas de las penas, sin sospechar siquiera el peligro que se corre de incurrir en imprevisión ó en crueldad. Así podrá convencerse el lector una vez más, de que la filosofía penal, marcha hoy á ciegas y exige que serios y profundos estudios la modifiquen y corrijan, haciéndose esto imposible mientras dure la mala costumbre de estudiar la ciencia de las penas separadamente de los otros ramos de la filosofía moral.

Las mismas doctrinas penales comunmente admitidas por las escuelas modernas vienen á confirmar de una manera muy eficaz, el principio que establece que la gravedad moral del delito, es lo único que puede servir para determinar la cantidad de la pena. Todos los criminalistas enseñan que cuando se ha cometido un delito cediendo su autor más bien á la provocación que mediara que á una intención perversa, si hay que imponerle castigo, debe ser este ménos grave que el que en el caso contrario habria de serle aplicado. Y ahora pregunto, ¿si la provocación produce ese efecto tratándose de los individuos entre sí, por qué no lo ha de producir también cuando se trate del individuo considerado con relación á la sociedad? Cuando se cometen ciertos delitos con extraordinaria

frecuencia en un pueblo, constituirá eso si se quiere un ataque de mayor consideracion contra la sociedad; pero ataque que precisamente debe haber sido motivado por un desórden social que da lugar á una reaccion, y por tanto á una verdadera provocacion. ¿Por qué, pues, no ha de procurar el Estado que desaparezca aquel desórden, apreciándolo ínterin se consigue esto, como circunstancia favorable á los delincuentes en vez de aumentar ciegamente las penas, cual si equivaliese aquella inusitada frecuencia, á una mayor corrupcion de los mismos? Creo que si los criminalistas hubieran establecido principios más generales estudiando mejor la teoría de la provocacion, no habrian incurrido en semejante inconsecuencia. Carmignani tuvo en ese punto ideas ménos estrechas: la distincion que hizo de delitos cometidos con el fin de obtener alguna ventaja, y delitos que tienden á evitar un mal, contiene el gérmen de la doctrina que sostengo; pero desgraciadamente los sucesores del ilustre criminalista, no echaron de ver la importancia que en la práctica podia tener aquella distincion que fué letra muerta aun entre sus mismos discípulos.

XXIX.

Lo invariable de la pena, moralmente adecuada á los delitos, constituye sin duda algu-

na un principio aplicable tambien á la pena de muerte y que tiene por legítima consecuencia, que una vez admitida ó rechazada dicha pena, ya no sea posible suspenderla ó introducirla por via de excepcion con respecto á algunos crímenes, sean cuales fueren las condiciones en que la sociedad se encuentre. Este corolario es diametralmente opuesto á la doctrina de los criminalistas políticos, y en particular á Romagnosi y á Rossi quienes como referí anteriormente, consideraron admisible ó no la pena capital, segun que el estado de moralidad de un pueblo la hacia necesaria ó inútil. Estos dos escritores, ó no tuvieron para nada en cuenta el lado moral de la cuestion de la pena y redujeron á imitacion de Romagnosi, el régimen criminal á un verdadero juego ó mecanismo de ataque y defensa ó no entrevieron siquiera (como le sucedió á Rossi) la identidad que sustancialmente existe entre la doctrina moral y la política en materia de penas. Ninguno de ellos comprendió que no se necesita para precaver los delitos mayor cantidad de pena que la que cada hombre en particular sabe por la voz de su conciencia, que se ha merecido y está en proporcion con el grado de gravedad moral de la culpa. Ninguno comprendió tampoco que ya crezca ó disminuya el número de delitos que ordinariamente se co-

meten, el culpable habrá de vencer siempre el mismo grado de resistencia que á su comision opone el sentimiento moral, y que en el primer caso muy especialmente, no pueden imputársele las causas generales que produjeron el acrecentamiento del número de los delitos, puesto que no han dependido de él.

XXX.

He afirmado ántes que la proporcion en que se halla la pena con la gravedad moral del delito, depende de un juicio que forman los hombres cediendo al imperio del sentimiento moral, ó sea de la conciencia. Es preciso poner algo más en claro esta proposicion.

Es para mí una verdad fundamental de la filosofía de las penas, la de que segun queda demostrado, no solo es bastante competente el sentimiento moral para hallar la proporcion entre la pena y la gravedad del delito, sino que es el único que tiene autoridad para establecerla (1). He hecho observar varias

(1) Hasta el dia la escuela de Rossi ha sido la primera en proclamar esta importantísima verdad. Dice Rossi: «¿qué hombre no ha oido pronunciar á la conciencia humana sus decisiones sobre esta materia, hasta por la boca del niño que no comparó ciertamente sus sentimientos de justicia con la ley positiva? (*Tratado de derecho penal*, Bruselas, pág. 430). Y el

veces en el curso de esta obra, que hasta los mismos legisladores solo han tomado en realidad por norma, para asignar diversas cantidades de pena á los diferentes delitos, que su propia conciencia, á la que ajustan tambien los ciudadanos el juicio que forman acerca de las leyes penales, y que siempre procuró y debe procurar el legislador tener de su parte. A decir verdad, sea cual fuere el criterio adoptado por la justicia penal, siempre constituirá un problema insoluble en el terreno de la filosofía racional, el hallar una relacion de equivalencia entre la cantidad de una pena y otro término cualquiera á que deba ser comparada, porque la razon no puede medir y poner en parangon uno al lado de otro, dos elementos enteramente heterogéneos. Pero el

profesor Hauss, discípulo de Rossi, despues de haberse preguntado así propio «si puede medirse y graduarse el castigo de modo que obtenga la aprobacion de la conciencia humana, y dé cumplida satisfaccion al sentimiento de justicia grabado en el corazon del hombre», contesta: «no vacilamos en afirmarlo. Las revelaciones de la conciencia iluminada por la razon, nos dan á conocer el grado de sufrimiento que basta para la espiacion de un crimen determinado, é indican la medida que ha de limitar el castigo del mismo;» (op. cit., pág. 52) y Ortolan dice con razon: «Haced que una grande Asamblea discuta acerca de lo útil y no se entenderán los individuos de ella: proponedles como tema del debate lo justo, y estarán de acuerdo la mayor parte del tiempo y como por instinto. (*Elementos de derecho penal*, núm. 206.)

sentimiento realiza muchas veces lo que no le es dado al solo razonamiento llevar á cabo; acaeciendo esto principalmente cuando se trata de relacionar entre sí los lados é intereses más diversos de la humana existencia. Así, por ejemplo: ¿quién podrá establecer nunca con exactitud bajo un punto de vista meramente racional, la relacion del mérito con la recompensa? Y no obstante, ningun hombre de buen criterio confunde un avaro con un pródigo.

Lo mismo sucede al querer graduar la cantidad de la pena por la gravedad del delito. Este juicio está, pues, enteramente basado sobre el sentimiento. Si hubiere una ley que castigara el hurto con la muerte y el parricidio con quince dias de arresto, todos clamarian contra semejante injusticia. Con la misma seguridad juzga la opinion pública de lo proporcionado y justo de las penas, en los grados que median entre el mínimo y el máximo.

XXXI.

Constituye una de las verdades fundamentales de la filosofia penal, el principio de que la eleccion de las penas, envuelve á un tiempo la designacion de la cantidad y calidad de las

mismas, y ciertamente que esas dos categorías mentales del sistema de Kant, no distan tanto una de otra en el humano entendimiento, como creyó el filósofo de Koenigsberga. No hablaré de la filosofía natural que presenta muchos argumentos para demostrar que la forma tiene que estar unida constantemente á la sustancia, y ciñéndome á la ciencia del hombre, me parece que puedo afirmar con completa seguridad, que no existe distincion alguna de cantidad y calidad en las sensaciones placenteras ó dolorosas que son producidas en nosotros por causas físicas, externas ó internas. Es cierto, que concebimos en abstracto la idea de placer ó de dolor, pero hay que convenir, en que no nos es dado formar igualmente la idea de la sensacion de un cierto grado de placer ó de dolor en general, abstraccion hecha de éste ó aquel placer ó dolor en particular: si así no fuera, se conseguiria tener una idea abstracta y concreta á la vez, monstruosidad imposible. Así, pues, cuando hemos llegado á penetrar, guiados por el sentimiento moral, el grado de pena de que se ha hecho merecedor un delincuente, no nos representamos ya una cantidad abstracta de dolor, sino la de un dolor en particular, y venimos á fijar de ese modo á un tiempo mismo, la cantidad y calidad de la pena que ha de imponérsele.

Ahora bien, la experiencia nos enseña que penas distintas pueden producir igual cantidad de mal. ¿Cuál será, pues, la regla de criterio que deba seguirse para elejir, entre las varias penas que tengan la cantidad de mal que la moral y el sentimiento exijan, la más preferible por su calidad, esto es, por la manera con que produce el referido mal?

Solo puede hacer esa eleccion la ciencia, observando las reglas que la prudencia política dicta; porque la pena constituye un hecho, cuyas consecuencias no se limitan necesariamente al tiempo y al espacio en que tiene lugar. El delincuente no es solo un individuo que viene obligado á soportar un sacrificio en pró de la causa del órden, sino que es al propio tiempo un hombre cuya dignidad y múltiples relaciones con los demás es necesario que las leyes respeten y custodien todo lo posible. El legislador debe tener indispensablemente en cuenta esos múltiples intereses y elejir la manera de imponer el mal penal que ménos pueda comprometerlos, sin dejar por eso de satisfacer por completo las exigencias de la justicia. Pero estas consideraciones traspasan los límites de la esfera del sentimiento y son del dominio de la razon; y sabido es que la amalgama de esta y aquel, constituye una de las condiciones indispensable de todo buen

régimen así de la sociedad como del individuo (1).

Todo el tiempo que estuvo confiada al juicio limitado de las masas populares, la solución del complicado problema que envuelve el determinar la cantidad y calidad de las penas, fué el derecho criminal un conjunto de crueles absurdos, que la opinion pública y la ciencia misma tardaron mucho en desechar. La doctrina del l'alion ofrece una prueba evidente de los excesos á que puede llegarse en el sistema de penalidad, cuando se obedee solo al sentimiento, desoyendo los consejos de la razon. Impresionados los más por los sufrimientos del que fué victima de un delito, aceptaron como buenas, penas que consistian precisamente en esos mismos sufrimientos y las consideraron adecuadas á la gravedad de los delitos. No se reflexionó entonces ni tampoco durante mucho tiempo despues, que si se gradua la pena de un modo tan material y grosero, no hay posibilidad de apreciar las circunstancias que acrecientan ó disminuyen á las veces la gravedad de un mismo delito y que sin

(1) Tommaseo expresa tambien la misma idea (op. citado, pág. 117) con estas palabras: «Basta (no siempre) sufrir el mal para experimentar la necesidad del remedio; para conocer este se requieren doctrina y pericia »

eso, el castigo no puede ser proporcionado al verdadero demérito de cada delincuente.

Desde el momento en que se reconoce que el problema de la elección de las penas presenta un lado científico, queda ya admitido y explicado á un tiempo, el carácter progresivo de la ciencia penal, puesto que son varias las maneras de imponer la misma cantidad del mal que ha de servir de castigo, segun que son distintos tambien la índole y grado de civilización. Pero para que se mantenga ese progreso dentro de sus justos límites, no debe perder de vista la ciencia de la legislación, que el sentimiento moral del pueblo tiene sus exigencias, y que estas segun queda demostrado, son absolutas é invariables en lo concierne á la cantidad de sufrimiento á que cada culpable se ha hecho acreedor.

XXXII.

Juzgo llegado ya el caso de afirmar, que el problema de la elección de las penas, se halla comprendido con todos sus caractéres esenciales en la siguiente proposición: «asignar á cada delito la pena que por la cantidad de sufrimiento que contiene corresponda con exactitud á la gravedad moral del delito, dando así satisfaccion cumplida al sentimiento

moral de los ciudadanos; y que al propio tiempo, perjudique lo ménos posible por la índole especial de dicho sufrimiento, al delincuente y á la sociedad.»

Discurriendo despues que los intereses de los hombres y de la sociedad, vienen á reducirse á dos grandes clases, morales y materiales, presentaré de un modo más claro la precedente proposicion diciendo: «que al imponer el castigo, debe inferirse el menor daño que sea posible, moral y material, al individuo y á la sociedad, sin que por eso deje de observarse una justa proporcion entre la gravedad del delito y la cantidad de mal que sufre el delincuente á quién se castiga.»

La opinion pública ha comprendido hasta el dia mejor que los criminalistas, ese excelente principio de la teoría de las penas.

Al mismo, han debido su origen todas las grandes reformas introducidas en la legislacion penal durante el siglo pasado y en el presente. La abolicion de las penas corporales, llevada á cabo con más ó ménos amplitud en todos los códigos de las naciones civilizadas, y que aparece más completa en los que han alcanzado mayor grado de cultura, ¿se ha debido por ventura á otra cosa que á una satisfactoria conciliacion de las exigencias de la justicia que requiere no queden impunes los

delitos con la dignidad moral del hombre y el público bien? Cuando el antiguo sistema penal perdonaba la vida al culpable, le devolvía la libertad, manchado é infamado por la argolla, la marca ó los azotes, ó aniquilado por las mutilaciones, el tormento ú otros atroces castigos (1); en una palabra, perdido el sentimiento de su propia dignidad y sin aptitud para gozar de la consideracion pública (2). Por el contrario, en la actualidad, ha caido todo eso en desuso, y es execrado por todos.

La pena de prision, ó sea la privacion de la libertad, modificada de varios modos segun los delitos á que se la asigna, es la que está más en uso; y la de trabajos forzados que nadie querrá comparar al tormento ni á la de

(1) Puede ser muy útil, para el que desee conocer la historia de los rigores ejercidos en materia penal, la obra reciente del Cous. Dermace, titulada: *Los Suplicios*.

(2) Muchos escritores, en cuyo número se cuenta Ortolan, (*Elementos de derecho penal*, segunda edicion. Paris 1864) deducen una razon histórica en favor de la abolicion de la pena de muerte, del hecho de haber disminuido constantemente en los tiempos modernos el antiguo rigorismo penal. No me parece muy fuerte este argumento porque los defensores de aquella pueden contestar, que siendo la citada pena un mal, que no tiene igual aunque se la aplique del modo ménos cruel, las antiguas exacerbaciones de ella, no eran más que crueldades inútiles.

mutilacion, es excepcional. La de muerte, lo es más todavía.

Carmignani, decia, que predominaba en el derecho penal moderno, la tendencia á sustituir las penas que consisten en cierto género de privaciones, á las antiguas afflictivas; y juzgo muy digna de meditarase esa acertadísima observacion, porque constituye verdaderamente uno de los fenómenos más notables de la historia moderna, esa extension que en sentido progresivo se viene dando á la pena carcelaria, á fin de encerrar en los varios grados de su duracion, el mayor número posible de los de la escala penal.

Cuando no es perpétua esa pena, no queda por su solo efecto el ciudadano inútil y peligroso para sí y para la sociedad, y de ahí el que sea incomparablemente ménos dañosa [y perjudicial á los intereses morales y materiales del individuo y la sociedad, de lo que lo fueron las antiguas penas corporales. Esto, no obstante, la pena de cárcel aunque sea la que suele llamarse de cárcel simple, es un mal sensible, á pesar de que consiste más que en un verdadero sufrimiento, en la privacion de un bien, que reside en el interior del hombre más que en el cuerpo, y adquiere su fuerza más bien de la imaginacion, que de la accion inmediata de una causa exterior. Si hubiese si-

do un hombre solo el autor de tan admirable invento, habria merecido la inmortalidad; pero las grandes reformas sociales, son obra del tiempo, y solo á la opinion pública es dado crearlas de la nada.

No se han sacado todavía de la pena de cárcel, todas las ventajas de que es susceptible, ni han sido tampoco estas suficientemente comprendidas: y si hay que reconocer por un lado, que ofrece aquella el terreno más adecuado para la conciliacion de que hablé antes, no es posible negar por otro, que este particular constituye en gran parte uno de los problemas del porvenir. Creyóse á la verdad, durante mucho tiempo, que estaba hecho lo principal en punto á reformas penales, desde el momento en que se habia sustituido la prision á las penas corporales afflictivas, sin cuidarse ya lo más mínimo de la condicion de los presos y de su porvenir, luego que extinguieran la condena. En tiempos más cercanos al nuestro, se ha comprendido que no bastaba aquella reforma puramente negativa, y que el legislador, no debia limitarse á hacer que la espiacion no fuese acompañada de perjuicios inútiles para el individuo y la sociedad, sino que tenia también el deber de contribuir eficazmente á que uno y otra reportaran las ventajas positivas que envuelve el

concepto de la correccion moral. Educacion, enmienda interior del culpable, hé ahí las palabras que resuenan hoy do quier se habla de reformas penales, como en otro tiempo resonaron las de abolicion del tormento y demás penas corporales. El sistema penitenciario, los establecimientos y sociedades que tienen á su cargo la tutela de los que han salido de las cárceles terminadas sus condenas, son resultados prácticos de tan noble apostolado (1). Llor eterno á los filántropos que han sido los primeros en concebir tan justa y elevada idea

(1) Una de las más notables innovaciones, recientemente introducidas en el sistema carcelario, consiste, sin duda alguna, en conceder la libertad bajo condicion á los reos, segun viene practicándose de algunos años á esta parte en Irlanda y en Inglaterra. El Sr. Walter Crofton añadió á este sistema otra novedad, *La prision intermedia*, en la que los reos pasan despues de haber sufrido las dos fases precedentes del aislamiento y los trabajos forzados, á la vida en comun. Esta prision produciria, en concepto de Crofton, el efecto de preparar á los delincuentes para su nuevo ingreso en la sociedad, corregidos verdaderamente hasta el punto de inspirar confianza á sus conciudadanos. Hacen vida en comun durante el dia, y reparten sus horas entre la escuela y los trabajos. Difieren las opiniones de Jueces muy compentes con relacion á los resultados prácticos de ese sistema. Kæder lo censura ágricamente en su obra citada: (*Der Strafvoilzug, etc.*, pág. 133 y 188). No le es más favorable Cárlos B Gibsou en su obra (*Yrish facts in relation to convict discipline in Ireland*. Lóndres 1863). Miss Mary muestra un parecer contrario en su obra (*Our convicts*. Lóndres, 1864).

de la verdadera política de las penas, y loor eterno tambien á los que prosigan despues tan insigne empresa, guiados por la ciencia y el amor á la humanidad (1). No debo disimular, que al llevar al terreno de la práctica el principio de la correccion, no siempre se obedece á ideas bastante exactas acerca de los límites dentro de los que debe procurarse ese fin de la enmienda, sino que se quiere hacer imposible el no ménos importante del castigo. Los hombres sensatos, deben dirigir en la actualidad todos sus esfuerzos y todos sus estudios, á combatir muy especialmente las referidas exageraciones, y á ese fin, espero podrán contribuir las consideraciones que dejo expuestas, con relacion, ya sea á la identidad de las doctrinas moral y política de las penas, ya á las reglas prácticas de la justicia criminal.

XXXIII.

Considerados todos estos principios bajo un punto de vista general, lo mismo pueden apli-

(1) Es cierto que no puede desesperarse de la enmienda de ningun malvado. En el Canton de S. Gall, una mujer condenada á muerte por haber envenenado á su marido, é indultada despues, fué puesta en libertad al cabo de doce años de prision, fundándose esa medida en la circunstancia de haberse hecho constar su enmienda. Una vez en libertad, volvió á casarse, y goza de la confianza de todos por su ejemplar conducta. (Deutsche Straf. ... 1865, pág. 5.)

carse á la cuestion de la pena de muerte, que á cualquiera otra de las que presenta la justicia penal; si bien ocurre que en lo referente á aquella, toma dicha aplicacion un determinado aspecto. Como que la existencia es el mayor de los bienes y la muerte el peor mal que pueda sobrevenir en la opinion de la mayoría de los hombres, investigar si es ó nó admisible a pena capital, se reduce únicamente, á inquirir si la *cantidad* de mal de que ciertos delitos hacen merecedores á los hombres, alcanza ó nó al máximun posible, pues aquí, el cómo ó sea la *calidad* de mal penal, no puede apreciarse separadamente, como sucede en las demás cuestiones concernientes á la eleccion de penas.

Dista mucho esa circunstancia por sí sola, de suministrar un fuerte argumento contra la pena de muerte, y sólo puede conducir á que quede consignado una vez más, que lo mismo en las cuestiones penales, que en las de cualquiera otro género, lo útil y lo oportuno, no siempre es tambien lo justo. Lo justo, elemento absoluto del sistema social, debe prevalecer sobre lo oportuno, y nunca deben desatenderse sus indicaciones, porque pueda producir algunos inconvenientes su realizacion. Ninguno parecerá mayor al que fije su atencion más en la sustancia, que en la apariencia de las cosas, como el que surge de que-

dar la ley del Estado sometida en un solo punto á la de la justicia.

Así, pues, toda la cuestion de la pena de muerte, viene á quedar reducida á los siguientes términos: ¿Existen delitos que, apreciados en sí mismos, y comparados con otros, son juzgados de tal gravedad, que el sentimiento del pueblo, reclama para sus autores una cantidad de mal penal, no inferior á la muerte? (1)

No entra en mi propósito contestar á esta pregunta en el presente libro, no le será tampoco fácil hacerlo, á todo el que piense en las dificultades que ofrece averiguar cuáles sean las verdaderas exigencias de la conciencia pública con respecto á un particular, que tan diversamente interpretado ha sido hasta el

(1) Solo el profesor Geib de Tubinga, en su *Tratado de derecho penal*, tomo 2.º, ha profesado en términos tan absolutos esta opinion. Léese en la pág. 408: «Todo se reduce á ver si hay realmente delitos para los que requiera la conciencia jurídica del pueblo la pena de muerte, de manera que ninguna otra la satisfaría por no juzgarla adecuada al delito, ni suficiente para la espiacion.» En la Cámara popular del Parlamento Sbedes, uno de sus miembros, el Sr. Rosemberg, dijo al discutirse la pena de muerte: «La cuestion está en ver si el pueblo Sbedes juzga necesario, para su seguridad, que se castigue con la muerte; ó por el contrario, estima bastante que se aprisione al culpable que haya demostrado con su delito cierto grado de malicia.» (Véase *Deutsche Strafr.*, 1865, pág. 41).

dia (1), y distinguir dentro de la convicción del pueblo, lo que proviene de los puros estímulos de la moral, de lo que llevaron á ella las pasiones, las apariencias del primer momento, ó inveteradas preocupaciones (2).

Dejo terminada la exposicion de las reglas directivas y principios metódicos que á mi modo de ver pueden servir de norma para tratar bien la cuestion de la pena capital, y ahora debo continuar la exposicion crítica de las doctrinas que en la actualidad están más en boga en lo relativo á la misma, hasta dejarla ultimada.

(1) Mitermaier asegura (*Diario penal de Holzendorff*, 1863, pág. 123), que á la pregunta de si la conciencia popular exige la pena de muerte, debe darse una contestacion afirmativa sin vacilacion alguna. Pero no sé cómo puede conciliar esa opinion con la que expresa algunas líneas despues, al indicar que en ningun Estado se encuentran suficientes medios para conocer cuál sea la verdadera opinion del pueblo respecto á la pena de muerte.

(2) Quise indagar, fijándome en ello atentamente, si por ventura la aversion que muchos contemporáneos tienen á la pena de muerte, podria ir acompañada del sentimiento amenguado de la elevacion y absoluto imperio del orden moral. El profesor Walter de Bonn, ha escrito recientemente en su obra *Naturrecht und Politik*, etc., estas notables palabras: «Todo el que separe el derecho penal de la moral ó lo funde en la omnipotencia del Estado ó sobre formas dialécticas, debe, si ha de ser consecuente, negar la pena de muerte.» ¿Es verdadero ese juicio? A otros toca decirlo.

XXXIV.

Réstame hablar de aquellos escritores que renuncian por su propia voluntad á hacer de la cuestion de la pena de muerte un problema científico, cuya solucion exija un profundo conocimiento del hombre y la sociedad, y juzgan por el contrario, que puede tratarse aquella con éxito más seguro, estudiando los hechos y buscando el apoyo de la llamada estadística moral. Ya indiqué en breves palabras lo fútil de esta doctrina, cuando la presenté por primera vez á la consideracion de mis lectores: insistiré ahora en este punto dando á conocer ante todo cuáles son los hechos de que deducen sus tésis algunos de los defensores de la abolicion de la pena capital.

El que haya leído la obra reciente de Mittermaier sobre la pena de muerte, habrá observado que los hechos que en opinion de ese célebre criminalista, condenan de un modo irrevocable dicha pena, pueden reducirse á tres, que son los siguientes: 1.º Disminucion constante en nuestro siglo y en todos los Estados civilizados, bien sea del número de crímenes que se castigan con la muerte en los Códigos penales, ó bien del número de conde-

nas capitales. 2.º Ningun aumento en el número de crímenes capitales en los Estados en que ha sido abolida la pena de muerte. 3.º Disminucion en algunos de esos mismos Estados de los referidos crímenes. Aduciré las principales pruebas de esos hechos, al propio tiempo que los vaya examinando.

Empiezo por el primero.

No puede negarse que las leyes penales de Francia, Inglaterra, Italia y de muchos otros Estados civilizados, hasta hace veinte años, aplicaban la pena de muerte á un número mucho mayor de delitos del que en la actualidad la tiene asignada. Considero supérfluo reproducir aquí, ni en parte siquiera, los datos estadísticos que en bastante número y con suma diligencia y precision, recojió Mittermaier: nadie que tenga alguna nocion de la historia de nuestro siglo, puede poner en duda aquella proposicion, y esto basta. Igualmente fácil me parece demostrar, que de ese hecho, no es posible deducir argumento alguno contra lo admisible de la pena de muerte, toda vez que no puede probar otra cosa, sino que los reformadores de las leyes penales comprendieron la uecesidad que habia de restringir la aplicacion de aquella á los casos en que la conciencia moral del pueblo juzga merecedores de la muerte á los culpables. A

la verdad, cuando la ley inglesa, por ejemplo, castigaba con la pena capital el abigeato (Mancini, pág. 30), era natural que una desproporcion tan grande entre el delito y la pena, ofendiera vivamente el sentimiento moral (1); y cuando Francia y Bélgica abolieron la pena de muerte en lo concerniente á delitos políticos, lo hicieron porque la conciencia pública vió en el castigo de los mismos, más bien la venganza del partido vencedor que la victoria imparcial del órden, que está sobre todos los partidos. Acaso estas y otras reformas de la misma especie ¿no dán á entender que los pueblos en que ocurrieron, comprendieron que la pena capital como todas las demás, solo debia imponerse á los delincuentes, cuyo crimen fuese digno de ella moralmente considerado? ¿y tiene algo de comun esa persuasion con la aversion á la pena de muerte? Tambien ha sido perfectamente comprobado por Mittermaier y Mancini el hecho de la disminucion progresiva de las condenas capitales que desde principios de este siglo se advierte en la mayoría de los Estados civilizados. En Irlanda, dice Mittermaier (pág. 107), se dicta-

(1) Observa muy acertadamente Pfothenaner en su folleto sobre la pena de muerte, que debe hacerse poco caso de la version que en algunos ha suscitado contra la misma el abuso que de ella se hizo en muchas legislaciones.

ron en 1829, 295 condenas capitales, y desde 1855 en adelante cinco tan solo. En Francia, continúa el mismo escritor, se pronunciaron en 1826, 150; y en 1833, 50 únicamente. Mancini afirma (pág. 109), que en las provincias napolitanas se dictaron 109 sentencias de muerte en 1832, y en 1864 solo 19. Estas y otras muchas pruebas análogas que mis lectores pueden ver citadas en gran número en la obra de Mittemaier, desvanecen todo género de duda con respecto al hecho indicado, más no por eso puede deducirse de éste cosa alguna contraria al principio sobre que descansa la pena capital. Varias pueden ser las causas á que deba aquel su origen, y ninguna de ellas da por sí sola el derecho de pensar que la opinion pública se muestre hoy dia en los pueblos civilizados contraria á la referida pena. El número decreciente de condenas capitales puede en verdad ser efecto de haber mejorado las condiciones sociales, hasta el punto de ser ya más raros los incentivos que arrastran al delito, y que segun observé precedentemente, residen muchas veces en la misma injusticia de las instituciones que rigen en un Estado. Así se ha visto en parte, que está ocurriendo en Irlanda en lo que va de siglo, como á todos es notorio. Tambien pueden haber dado ocasion á aquel decrecimiento, el haberse intro-

ducido en los juicios criminales algunas modificaciones que concedan á los jueces la posibilidad de apreciar en cada caso circunstancias no previstas por la ley y que hacen aparecer excesiva la pena asignada al delito en general.

Esto fué lo ocurrido en Francia en 1832 en virtud de una ley célebre que luego fué adoptada por muchos otros Estados, y últimamente tambien por la Italia, que permite á los jurados rebajar la pena llamada ordinaria uno ó dos grados cuando su conciencia se lo exija, con solo establecer la afirmacion de que existen circunstancias atenuantes sin estar obligados á declararar cuáles sean. Ahora bien; ¿que otro efecto puede producir una reforma de semejante naturaleza, que el de facilitar se llegue á obtener una proporcion exacta entre el delito y la pena, proporcion que está indicada de consuno por la moral y la conciencia? Y si disminuyeron en número las condenas capitales á consecuencia de esa reforma ¿significa esto por ventura otra cosa, sino que la frecuente repetición de las mismas en lo antiguo era mayor de lo que la verdadera justicia criminal requería? ¿Cómo deducir de ahí que la opinion del pueblo, en cuyo seno ha ocurrido eso, se haya declarado por lo mismo contraria á la pena de muerte? Si esto fuese verdad, no se

habria visto desde 1832 en adelante á los jurados franceses dictar condenas capitales. Tampoco comprendo la censura que muchos hacen de la ley francesa de 1832; toda vez, que hasta que se me demuestre que los jurados han inferido ofensa á la justicia y la conciencia en el mayor número de casos en que han admitido circunstancias atenuantes en favor de los acusados de delitos capitales, me juzgo en el derecho de pensar como pienso que los autores de aquella ley comprendieron perfectamente tanto la verdadera índole del jurado como la de la pena y las reglas á que esta debe obedecer, si ha de ser justa (1).

Guardando analogía con lo que há poco dije acerca de la disminucion del número de condenas capitales, creo poder asegurar del mismo modo, que el hecho de haber decrecido el de las ejecuciones (véase *Mittermaier*, obra cit., pág. 123-24), no prueba por sí solo, que

(1) Me afirmo en esta opinion [al ver que la profesa tambien Haus (op. cit., pág. 36). Dice: «Sean cuales fueren los inconvenientes politicos de esa innovacion que descansa sobre una confusion de los poderes legislativo y judicial, es lo cierto que ha introducido en el dominio de la represion, el principio de la justicia distributiva, y el de espiacion, autorizando á los jurados á que aprecien el grado de culpabilidad del acusado, y á los jueces á que apliquen al reo el castigo que mereció realmente con su crimen.»

sientan verdadera repugnancia en la actualidad los pueblos civilizados contra la pena de muerte. Siempre ha sido á la verdad, objeto de la gracia que solo puede dispensar el soberano, el adecuar el derecho á la justicia suspendiendo en algunos casos excepcionales, el rigor de la ley (1).

XXXV.

Los hechos segundo y tercero que Mittermaier aduce, pueden ser refundidos en uno solo, diciendo, que en opinion de ese escritor y de sus secuaces, habria demostrado la experiencia que la abolicion de la pena de muerte ó no suele ir seguida de mayor número de delitos capitales, ó más bien da lugar á un resultado enteramente opuesto. Una vez sentado esto, dicen esos escritores ¿cómo puede ya sostenerse que la pena capital es necesaria

(1) No se puede negar, sin embargo, que la polémica científica sobre la pena de muerte contribuye tambien en muchos estados al número siempre creciente de gracias y favores que se otorgan á los condenados á muerte. El Sr. Francart, calculó que por cada treinta y seis delitos capitales tiene lugar una ejecucion en Bélgica, al paso que el peligro de muerte para los operarios de las minas de carbon fosil, es de uno por treinta (*Publicaciones de la asociacion para la abolicion de la pena de muerte. Lieja 1864, núm. 2.*)

para contener á los hombres é impedirles que cometan ciertos crímenes?

Este raciocinio parece á primera vista bastante convincente: veamos si despues de reflexionar con atencion sobre él, corresponde la realidad á las apariencias. A este propósito me ocuparé de examinar si son esos pretendidos hechos, tales cuales se los presenta ó hasta qué punto lo son, en caso afirmativo.

Los paises en que segun Mittermaier no se habia observado aumento alguno en el número de delitos capitales despues de abolida la pena de muerte, son los siguientes: el Michigan, en los Estados-Unidos de América; el canton de Newchatel, el Ducado de Nassau, el Oldemburgo, la Toscana, y por último, Inglaterra en cuanto á los delitos de estupro, de falsificacion de documentos públicos é incendio, que no castigan en la actualidad con la muerte las leyes inglesas. Además, resultaria una disminucion efectiva, segun lo afirma el mismo escritor, de crímenes capitales con posterioridad á la susodicha pena, en la provincia belga de Lieja.

Examinando los datos que con relacion á cada uno de los referidos Estados suministra Mittermaier, creo no pecar de temerario al decir, que los encuentro defectuosos en lo que se refiere al Michigan y al Ducado de Nassau,

inconducentes con respecto al Oldemburgo y la Inglaterra, poco seguros en cuanto á la Toscana é insuficientes en lo que concierne á Newchatel.

Ninguna tabla estadística presenta Mittermaier con relacion al Michigan y en cuanto al Ducado de Nassau, si bien es cierto que suministra datos positivos posteriores á la abolicion de la pena capital, que prueban que desde el año de 1855 al de 1858 tuvo aumento el número de crímenes capitales, no aduce, sin embargo, datos anteriores al de 1855 ni al de 1849 en que fué abolida aquella, que comparados con los primeros sirvieran para hacer ver, si por acaso no pudo ser mayor el número de delitos de la indicada especie antes de 1855, que el de los cometidos con anterioridad á 1849, ó si el término medio de los de los años 1855-1858, fué mayor ó igual al anterior á aquel año.

Los datos que Mittermaier cita con respecto al Oldemburgo, (pág. 130), se refieren á la opinion dominante en aquel país y no son, propiamente hablando, verdaderos datos estadísticos. Además, si como lo indica Mittermaier, fué motivo determinante de esa opinion desfavorable á la pena de muerte, la consideracion de que los mayores delincuentes son susceptibles de enmienda moral, esto mismo

prueba que en aquel país se examina la pena capital bajo un punto de vista más bien filantrópico que jurídico-moral; pero no demuestra en manera alguna, que se la haya tenido por ineficaz para precaver los delitos.

Es ciertamente digno de atención en lo tocante á Inglaterra, el hecho de no haberse aumentado segun refiere Mittermaier, el número de falsificaciones, estupros é incendios luego que dejaron de ser castigados esos delitos con la pena de muerte, al paso que en el intervalo que medió desde 1821 á 1830, tuvieron lugar 46 ejecuciones por otros tantos delitos de falsificación y en el otro de 1831 á 1840, 18 por estupro y 53 por incendio. Mas como provino aquella reforma de haberse reconocido que bastaba una pena mucho menor para reprimir los delitos mencionados, el no haber aumentado su número solo puede proceder de las causas que en general hayan producido la disminucion de delitos en la sociedad. Califiqué antes de poco seguros los datos que se aducen para probar que no creció en Toscana el número de delitos capitales, durante los repetidos intervalos de tiempo en que estuvo abolida la pena de muerte desde 1786 hasta nuestros dias. Duélemé á la verdad, expresar esta opinion y no lo haria sino viniera en apoyo de mi aserto, el debate que acerca

de este punto surgió entre el diputado Mancini y el Ministerio, cuando fué discutido en el parlamento, el año pasado (véase el *discurso Mancini*, pág. 95 y siguientes). No negaré que son muy atendibles los datos estadísticos aducidos por Mancini (pág. 93 y siguientes), y de los que resulta que así en el intervalo que media desde 1847 á 1852 durante el cual estuvo abolida la pena capital en Toscana, como en el de 1852 á 1859 en que se hallaba en vigor, y finalmente en el de 1859 á 1862 en que por tercera vez quedó abolida, siempre fué el mismo por término medio el número de crímenes capitales cometidos en el distrito de la córte de Florencia. Lo que sí me infunde grandes dudas es que baste en primer lugar el espacio de los cinco años transcurridos desde 1847 á 1852, para revelar los efectos que haya podido producir la segunda abolicion de la pena de muerte, que tuvo lugar en Toscana despues de haber permanecido en vigor, durante 52 años (1795-1847); porque del mismo modo que emana la eficacia de la pena capital, muy principalmente del ejemplo que ofrece su aplicacion, así debe tambien emanar la eficacia de la abolicion, del hecho negativo de no haber sido aplicada á los reos de crímenes capitales; y una y otra se hallan en razon directa del tiempo que du-

ran esos hechos, que no debe ser breve, puesto que los referidos crímenes por su índole especial, no ocurren con mucha frecuencia. En segundo lugar temo sea completamente exacta la aseveracion del Ministro que refiriéndose, no ya solo al territorio de la córte de Florencia, sino al de toda la Toscana, afirmó que era considerable é iba en aumento el número de delitos capitales cometidos en dicha provincia, al ménos desde 1859 en adelante. Hace cinco años que vivo en la Toscana y á la verdad, las noticias dadas por los periódicos y las que divulga la voz pública, me han hecho formar la opinion de que en lo relativo á crímenes graves, no solo no puede la Toscana servir de modelo á la Italia, sino que ni siquiera compararse con las provincias septentrionales, que se hallan bajo el amparo de la pena de muerte mantenida en vigor.

Manifesté por último, que los datos que suministra Mittermaier son insuficientes para probar que no se han aumentado los delitos capitales en el canton de Neuchatel despues de la abolicion de la pena de muerte, y en electo así es, puesto que aquellos datos solo abrazan el periodo de un año (1854-55) que es precisamente el primero despues de la abolicion (1854).

Solo me resta examinar el hecho de la dis-

minucion de delitos capitales observada en la provincia belga de Lieja desde 1823, época en que dejó de aplicarse la pena de muerte.

Mittermaier (pag. 189) consultó la estadística criminal de aquella provincia, fijándose en un intervalo de tiempo bastante largo y lejano de la época de la abolicion, esto es, en los veinte y tres años trascurridos de 1832 á 1855. Es además muy notable la diferencia que hay entre la proporcion de 1 á 66, 475 y la de 1 á 102, 972 en que se encontró durante los referidos dos años el número de acusados de crímenes capitales, con el de habitantes de la provincia; pero examinando con imparcialidad esos hechos, dudo mucho que haya decrecido el número de dichos crímenes, porque dejára de ejecutarse la pena de muerte y creo más bien que ha disminuido á pesar de ello y con afrenta de esa misma omision (1); toda vez que no se comprende como pueda compararse la misma, á una verdadera y real abolicion de aquella pena. Obra la abolicion de

(1) No debo ocultar por lo demás, que no deben admitirse como ciertos los datos estadísticos relativos á la provincia de Lieja que se citan en el texto. El Procurador general de Bruselas, M. de Bavay, declaró que eran inexactos. (*La pena de muerte bajo el punto de vista práctico é histórico*, por M. de Bavay, Bruselas 1862). El autor anónimo de la *Revista retrospectiva y somera de lo relativo á la pena de muerte* (Bruselas 1863) contradice el aserto de Bavay.

un modo inmediato en los ánimos, al paso que aquella solo puede influir de una manera lenta y tardia, ya sea porque los primeros casos de aplicacion de la gracia de indulto no autorizan al pueblo para que tenga por seguro que irán seguidos continuamente de otros, ó ya porque como lo he advertido antes, los delitos de que se trata, suelen ser los ménos frecuentes.

Por lo demás, aunque pudiera equipararse la abolicion de la pena capital á la simple omision del acto de aplicarla, en lo que á los efectos de una y otra cosa concierne, no habrá nadie que se atreva á sostener que el ejemplo de lo ocurrido en la provincia de Lieja, sea bastante por sí solo, para demostrar la ineficacia práctica de la pena capital aseverada por algunos; porque prescindiendo de otras razones, hay que tener siempre en cuenta, que el valor de ese hecho queda destruido por el que en sentido contrario tuvo lugar, sin que de ello pueda caber duda, en más de un Estado en que fué abolida la referida pena. En Rhode-Island, otro de los Estados-Unidos de América, fué seguida la abolicion de un notable aumento de delitos capitales (Mittermaier, obra cit., pag. 130). En el canton de Friburgo fué restablecida en 1862 la pena de muerte abolida en 1848, cediéndose á las ins-

tancias del pueblo impresionado por el considerable aumento que el número de crímenes tuvo en dicho intervalo. (Véase el *Diario de Ellero* VIII, pag. 350), y si no me es infiel la memoria, también ha sido restablecida la pena de muerte este año pasado en la ciudad libre de Hamburgo, en lo referente á algunos delitos que hacia algunos años no la tenían asignada (1) (2).

(1) Además, la mayor parte de los Gobiernos de Alemania que habían abolido en 1849 la pena de muerte, la restablecieron pocos años despues, con motivo del pretendido aumento de los delitos graves observado con posterioridad á la abolicion. No he aducido ese hecho en el texto, porque siendo sospechoso el liberalismo de muchos de aquellos Gobiernos, no faltará quien sospeche que no fué el aumento de los delitos el verdadero motivo del restablecimiento de la pena capital y no me hallo en situacion de decidir ese punto. Es un hecho, sin embargo, que durante los seis años que estuvo abolida la pena de muerte en el Gran Ducado de Weimar, se cometieron doce delitos capitales, y que en los otros seis que siguieron al restablecimiento, se cometieron siete. (V. *Deutsche Strafr.* 1863, pág. 207).

(2) N. DEL T. En Portugal, donde una ley publicada en 1.º de Julio de 1867, abolió la pena de muerte, segun resulta de la comparacion del número de delitos capitales cometidos en los dos años que precedieron á la abolicion, con el de los que han tenido lugar despues durante igual espacio de tiempo, ha habido un aumento de nueve en el territorio de Lisboa, y por el contrario, han disminuido en trece, y siete los de Oporto y las Azores respectivamente. Se nota, pues, un corto decrecimiento en el número total, de crecimiento que tiene tanta ménos importancia, cuanto que como es sabido, hacia

Así, pues, ni el haber permanecido estacionario según se pretende por término medio el número de crímenes en muchos Estados en que fué abolida la pena de muerte, ni la disminución de aquellos en otros, son hechos que por su número é indole especial, constituyan verdaderas pruebas de la ineficacia de la referida pena, para precaver é impedir los delitos más atroces. Esos pretendidos argumentos, no prueban mejor la indicada ineficacia, de lo que la reducción de los delitos á que se impone la última pena en los Códigos modernos, y del número de ejecuciones capitales en la aplicación del derecho, pueden probar la aversión que se dice muestra hoy la opinión pública á aquella. En suma, es completamente infundada la doctrina de los que se apoyan en los datos estadísticos únicamente, para condenar la pena de muerte; y lo es porque los hechos que la sirven de base ó no son concluyentes por su misma naturaleza ó no constan de un modo cierto ni son bastante numerosos y significativos.

ya mucho tiempo que no se ejecutaba en Portugal la pena de muerte cuando fué abolida. Los precedentes datos son perfectamente exactos: nuestro buen amigo D. José de Garnica, distinguido funcionario del orden fiscal, en un reciente viaje al vecino reino, ha tenido ocasión de adquirirlos, examinando para ello con la escrupulosidad que caracteriza todos sus trabajos, documentos fidedignos.

El que quiera no obstante profundizar el exámen de tales hechos, algo más de lo que me ha parecido necesario hacerlo, tendrá que convenir en que, como queda dicho en otra ocasión, no es posible estudiar los hechos sociales, sean de la especie que fueren, sin el auxilio de principios filosóficos, ni reducir á cifras tantos y tan diversos intereses como se hallan relacionados con el sistema penal (1). No se habría á la verdad pretendido encontrar en el decrecimiento numérico de crímenes y ejecuciones capitales, una muestra de la aversion de los pueblos modernos á la pena de muerte, si se hubiese reflexionado más de lo que se acostumbra, acerca de la estrecha correspondencia de la cantidad de la pena con la gravedad moral de cada delito; ni el número creciente ó decreciente de crímenes capitales en los puntos donde fué abolida aquella, se habría interpretado como prueba de dicha aversion si se hubiese fijado la consideracion en la variedad y variabilidad de los motivos que pueden influir en el aumento ó relajacion de la

(1) No faltaron escritores que defendieran la tésis opuesta á la de Mittermaier, fundándose tambien en hechos. Quiero recordar entre ellos á Vienner en la obra (*Principios del órden cósmico* Leipsig 1863, pág. 447.—Tambien manifestó Carmignani la poca confianza que le inspiraba el argumento derivado de la estadística (*Leccion acad.* pág. 97).

moralidad de un pueblo, y por tanto en que sea más ó ménos frecuente la comision de delitos en su seno.

XXXVI.

Lo que movió á algunos ilustres criminalistas á desnaturalizar de ese modo la cuestion de la pena de muerte, fué á mi modo de ver, una estremada condescendencia con las impacientes exigencias de la opinion dominante. No es raro por cierto hoy que el partido liberal preconceba ciertas ideas con respecto á los problemas más árdulos de la filosofía civil, por poca consonancia que advierta entre una determinada solucion dada á los mismos y los principios cuya bandera ha enarbolado. Muchas veces los hombres científicos se apresuraron á hacer suyas aquellas ideas acomodando á las mismas sus demostraciones, para no incurrir en la nota de serviles enemigos de la libertad, que seria realmente vergonzosa si se aplicase siempre con justicia. Como si no fuera la ciencia extraña y superior á las pasiones de partido y no exigiera además una gran dosis de verdadero valor cívico, para poner dique á los fáciles extravios de las mayorias populares, que empiezan á hacer uso del precioso atributo de gobernar la sociedad. De esa mane-

ra se ha venido formando cierta escuela política que también pretende apellidarse liberal, cuyas doctrinas se reasumen en principios de gobierno de índole negativa é indeterminada, aplicables á cualquier Estado, porque han sido formulados, sin tener en cuenta el complicado y vario organismo de la sociedad humana que mientras esté sin leyes que le sean apropiadas, será presa de una notable confusión y estará expuesta además á una disolución interna.

No creo que la negación de la pena de muerte sea una de esas exorbitancias teóricas, ni tampoco un gérmen de disolución social; pero sí juzgo y espero que muchos convengan conmigo en este particular, que no pocos liberales quieren la abolición de aquella, solo porque se opone á las tendencias filantrópicas; y hay que tener en cuenta, que estas, si no tienen á la reflexión por guía y adolecen por tanto de completa vaguedad, son tan peligrosas para la sociedad humana, como se dijo haberlo sido el pesimismo de Hobbes.

XXXVII.

Antes de terminar el punto relativo á los argumentos que se pretende deducir de meros

hechos, quiero indicar algo acerca de la gravísima objecion que muchos oponen á la pena de muerte, diciendo que hoy está ya condenada por el sentido moral de los pueblos civilizados. Si fuese esto verdad, nada podria alegarse más concluyente, en mi sentir, en pró de la tésis contraria á la pena capital, y nunca se habria invocado con mejor derecho la opinion pública para sostenerla, toda vez que he demostrado que, así el problema de la pena de muerte, como el de la eleccion de las penas en general, solo pueden ser resueltos por el sentimiento moral y la prudencia política unidos.

Mas en vano se buscarán las pruebas de la proposicion que se acaba de enunciar en las obras de los que la van repitiendo, y no hablo ya de las pruebas indirectas que pudiera pretenderse encontrar en esos mismos hechos sobre que he discutido antes y que he hecho ver, tienen una significacion muy distinta de la que se les quiere atribuir. Me refiero á pruebas directas; como lo serian, deliberaciones de Asambleas populares bien ordenadas de Estados civilizados y libres.

En la muy liberal Inglaterra, donde se celebran reuniones populares (mēetings) cuantas veces se experimenta la necesidad de operar un cambio importante en las leyes, ninguna

ha tenido lugar hasta ahora para pedir la abolición de la pena capital (1). Además, leíase recientemente en los periódicos, que la comisión nombrada por el gobierno inglés para revisar las leyes concernientes á la pena de muerte, dejaba esta en vigor en lo relativo á algunos crímenes gravísimos, entre los que se contaba el homicidio premeditado; y que la opinión pública y la prensa inglesa aprobaban en general esa medida (2).

(1) No deja de haber en Inglaterra filántropos que sostienen el principio de la abolición de la pena capital. Es el más célebre de todos el Sr. Ewart, que viene proponiendo todos los años, desde 1840 acá, dicha abolición á la Cámara de los Comunes, y es un hecho que cada año que pasa, es acogida la proposición más favorablemente. En 1850 solo tuvo 46 votos contrarios contra 40 favorables. (V. Albini, *De la pena de muerte*, Vigevano, 1852, pág. 104). Inmediatamente después de haber reproducido Ewart la proposición y haberla discutido la Cámara de los Comunes el día 3 de Mayo de 1864, el ministerio nombró la comisión de que se hace mención en el texto. Existe además en Inglaterra una *sociedad para la abolición de la pena capital*, cuyo secretario, Tallak, suele trasladarse á los sitios donde acaba de tener lugar una ejecución, para predicar ante el pueblo contra la pena de muerte.

(2) La obra de Alfredo Dymond, publicada en Londres con el título «*The law on its trial*» 1865, contiene muchísimos hechos que demuestran el descontento del pueblo inglés, no ya porque subsista la pena de muerte en general, sino porque se hallan conminados con ella en las leyes inglesas muchos delitos que no la merecen y se la aplica además en gran número de casos difíciles sin las suficientes garantías del acierto. También se aduce en las deliberaciones de la sociedad para la abolición de la pena de muerte como argumento, la

Juzgo igualmente aventurada la aseveracion que con mucha frecuencia suele hacerse, de que en la muy noble provincia de Toscana, reina una profunda y universal aversion á la pena capital. Es tan general esta creencia en Italia, y la expresaron en otro tiempo de un modo tan solemne los que tenian á su cargo el gobierno de Toscana, que pudieron, á la verdad, considerarse dispensados muchos escritores, de investigar y apreciar por sí mismos los hechos que la servian de apoyo. No

reflexion de que la abolicion daria por resultado mayor certeza en la declaracion de la culpabilidad de los acusados de homicidio, y ménos disidencias entre los médicos y los jueces en los casos de verdaderas ó supuestas perturbaciones mentales. (V. *Deutsche Strafr*, 1865, pág. 18). En la discusion que tuvo lugar posteriormente acerca de la pena de muerte en la *asociacion nacional para la promocion de las ciencias sociales* (V. *Deutsche Strafr*, 1865, pág. 33), dijo un tal Neate, que si no hubiese medio alguno de distinguir los casos en que la conciencia nacional exige la pena de muerte de los en que no la exige, bastaria esa razon para abolirla. Que por lo demás, el pueblo inglés considera necesaria la pena de muerte para el homicidio premeditado, lo prueba el hecho que Mittermaier refiere (*Deutsche Strafr*, 1864, pág. 74), de haber los jurados ingleses mostrado bastante severidad para aplicarla despues de la ley de 1861 que la restringió, asignándola únicamente al referido crimen; de modo, que al paso que durante el año de 1860 solo se habian pronunciado 17 sentencias de muerte, se dictaron en 1862, 28. En el canton del Tesino, el Gran Consejo, en deliberacion del 13 de Mayo de 1863, mantuvo firme la pena de muerte contra el parecer del Consejo de Estado.

he querido seguir ese ejemplo, por más que pueda parecer temerario á algunos, el abrigar dudas acerca de una cosa que tantas y tan autorizadas personas tienen por cierta. Sin embargo, todo escritor de conciencia debe ser franco é independiente, y precisamente estas son las dos cualidades en que no me reconozco inferior á ninguno.

Nadie puede negar que la pena de muerte tiene contra sí en Toscana, á la mayoría de los que, segun comunmente se cree, constituyen la opinion pública, con solo haber vivido como yo algun tiempo, por poco que este sea, en aquel bellissimo pais. Es cierto que predomina la opinion indicada en las clases superiores, que por ser las llamadas á influir en la marcha de los negocios públicos, constituye la opinion que se apellida tambien pública; mas por lo que atañe á las masas populares que carecen de censo y de sufragio, y para las que con preferencia á lo restante de la sociedad se construyen las prisiones y se levanta el cadalso, en Toscana más que en parte alguna, se nota la falta de datos que permitan decir que esté en la opinion del mayor número, la decantada aversion á la pena de muerte. Ahora bien; no veo por qué al tratarse de la cuestion de si es ó no admisible dicha pena, lo mismo que cuando se trate cualquiera otra

que tenga algun punto de contacto con el sentimiento moral de la sociedad, no deba entenderse por opinion pública la opinion popular, esto es, la de la mayoría de toda la poblacion, y no la de una parte tan solo. En esta época de revueltas sociales, en que tanto se habla de opinion pública, y en que de tantos y de tan diversos modos es interpretada, son muy poco precisas las ideas que los publicistas se forman de los varios elementos que la componen. Por mi parte, estoy persuadido de que habrá de desaparecer esa incertidumbre de ideas, cuando se reflexione, que si el modo de pensar de las clases influyentes puede bastar á constituir la opinion pública en las cuestiones meramente políticas, no cabe decir lo mismo de aquellas cuya esencia es la moral, como sucede con las cuestiones de justicia criminal que todos comprenden y en las que por esto mismo, quiero se tenga muy en cuenta lo que opina la verdadera mayoría de los ciudadanos.

El que quiera, pues, apreciar el valor de la opinion contraria á la pena de muerte en aquella parte del pueblo Toscano, que tantas veces y con tanta solemnidad la expresó, deberá sin duda alguna posponer el criterio del número al de la manera con que dicha opinion vino formándose.

Como ya lo demostré, la cuestión de la pena de muerte, á semejanza de todas las que se refieren á la calidad y cantidad de las penas, interesa á un tiempo mismo al sentimiento moral y á la prudencia política, y de ahí la necesidad de averiguar si la opinión de que me ocupo es en el que la profesa, fruto verdaderamente de la educación moral y civil ó se debe atribuir á motivos de otra índole. En este punto, la ciencia social no puede darnos luz, y solo nos hace sentir la necesidad que hay de examinar detenidamente de qué modo se formó la opinión pública y cuál es su verdadera índole, puesto que constituye un elemento importantísimo de la moderna civilización. Las naciones suelen incurrir en debilidades parecidas á las que tienen los individuos y entre ellas en la de no consentir que nadie las eche al rostro sus propios defectos. No puedo explicarme de otro modo el que, á pesar de reconocer todos que la pública opinión no siempre encierra la verdad, no hayan sin embargo osado los que se dedican á la ciencia social estudiar é indicar las reglas que han de seguirse para conocer cuando aquella es ó no autorizada.

Las ideas dominantes no siempre son, á mi juicio, producto de una intuición tranquila y espontánea del que las profesa. Débense algu-

nas veces á la influencia del ejemplo de personas que gozan de grande autoridad, y se difunden con más frecuencia por efecto de su aparente consonancia con otras recibidas y acariciadas de antemano.

Paréceme que esto último, es lo que principalmente ha dado motivo á la aversion que una gran parte de los toscanos muestra á la pena capital. Cuando Pedro Leopoldo la abolió, no hizo más que ceder al impulso de su corazon, educado en la escuela de Beccaria, que contaba á la sazón pocos adeptos entre los hombres de más escojido talento, así en Toscana como en los demás paises. Ni la mayoría de la poblacion, ni tampoco una parte de ella, le aplaudió, porque no se le comprendia ni era posible entonces comprenderle; pero cuando más tarde el expectáculo de las muchas revoluciones políticas que han ocurrido en Toscana, desde Pedro Leopoldo hasta nuestros dias, ha dado lugar á que los mejores ciudadanos se hayan apercebido de que la generosa reforma de aquel príncipe, iba corriendo la misma suerte que la libertad política y el progreso; nació la costumbre de confundir aquella con estos, y de odiar el patibulo del mismo modo y por igual causa que se odiaba al gobierno, y la ocupacion de los austriacos y á la casa de Lorena, que se habia hecho cóm-

plice é instrumento de la de Ausburgo en daño de Italia. ¿Quién podrá negar que el efecto corresponde á la causa, y á quién no sorprenderia el que hubieran pasado las cosas de otro modo? Si hay todavía quien abrigue alguna duda, quedará sin duda desvanecida esta, con solo leer el decreto en que el último gobierno provisional de Toscana abolió la pena de muerte (1). ¿Y quién dejará de convenir al propio tiempo en que el aspecto que la cuestion de la pena capital ha tomado en Toscana, es enteramente peculiar á ese país, por deber su origen á las vicisitudes históricas porque ha pasado él mismo, y que seria necesidad afirmar por el contrario, que la libertad política y la pena de muerte son cosas incompatibles, ya se considere la cuestion en abstracto ó ya fijándose en los Estados en que se halla hoy en completo vigor dicha pena?

Por consiguiente, la opinion de los habitantes de Toscana lo mismo cuando se discurre acerca del modo como se ha venido formando, que cuando se atiende á la índole de la mayo-

(1) El Gobierno provisional toscano: Considerando que la Toscana fué la primera en abolir en Europa la pena de muerte; considerando que si fué luego restablecida esta se debió al predominio que las pasiones políticas ejercieron, prevaleciendo sobre la madurez del tiempo y la suavidad de los ánimos, etc.

ría que la profesa, siempre será un pobre argumento contra la pena capital. Solo podrán, pues, jactarse de ella los aficionados á declamar, que movidos más por la mania de la popularidad, que por el amor á lo verdadero, convierten en apasionadas disputas y contiendas de partido, las cuestiones mas árdúas de la ciencia social.

XXXVIII.

Voy á concluir mi libro repitiendo otra vez lo que he dicho al principio y en el curso del mismo. La ciencia no ha resuelto todavía la cuestion de la pena de muerte. No la ha resuelto, atendida la lucha que media entre las dos escuelas opuestas que se han disputado hasta el dia el predominio en el terreno de la filosofía penal, y no se obtendrá el resultado apetecido, mientras no se consiga conciliar dentro de las mismas, principios más elevados de filosofía penal que por su misma naturaleza sean igualmente aplicables á la pena de muerte y á cualquiera otra de ese género.

El sentimentalismo de muchos filántropos y el doctrinarismo de muchos liberales, oponen poderosos obstáculos á esos concienzudos y difíciles estudios, y son la causa motriz que ejerce no poca influencia por cierto en el áni-

mo de muchos escritores, impeliéndolos á ab-
 jurar con frecuencia de los más sanos princi-
 pios, y á presentar argumentos sofisticos ó hi-
 perbólicos, naciendo de ahí, con relacion á la
 pena de muerte, la anarquía que dejo descrita.
 Pero es preciso vencer estos obstáculos, pues-
 to que ya son conocidos. Recobren los hom-
 bres de ciencia y los amantes de las reformas
 que se llevan á cabo con seriedad y madurez
 la calma é independendencia de opinion que han
 perdido, porque si el vulgo de los ignorantes,
 que no por serlo deja de tener grandes pre-
 tensiones, consigue avasallar á la ciencia en
 tan grave asunto, ¿qué no sucederá en tantos
 otros de no menor importancia, que agitan á
 la sociedad moderna y quién podrá sustraer-
 se á la peor de las confusiones, que es la de
 las ideas?

Ahora bien; si no ha sido todavía resuelta
 la cuestion de la pena de muerte por la cien-
 cia, tampoco debe serlo por ahora por los le-
 gisladores (1).

(1) El legislador bávaro, presenta como motivo, que entre
 otros ha contribuido á la conservacion de la pena de muerte
 en el reciente Código penal; «el no haber demostrado toda-
 via la ciencia, la ilegitimidad de dicha pena.» En el Parlamen-
 to Svedes, un miembro de la Cámara popular, dijo al discutir-
 se la cuestion de la pena de muerte, que queria abstenerse de
 votar la abolicion mientras que no fuera suficientemente es-

Cuáles serán los resultados que produzcan los nuevos estudios cuya necesidad dejo demostrada y cuyo método y premisas más generales he procurado trazar. Lo ignoro: solo me habia propuesto indicar los verdaderos términos de la cuestion; sea cual fuere la respuesta que dé la ciencia, vergüenza eterna será para los que no tengan, en caso necesario, el valor de hacerla prevalecer sobre toda clase de prevenciones, y de sacrificarla el amor efímero de la popularidad. Todos debemos desear de corazon que llegue el caso de hacer desaparecer el verdugo y el cadalso, porque esto no podrá ménos de realzar la dignidad humana, adquiriendo al propio tiempo el órden social mayor solidez con la pérdida de un sostén artificial; pero ante todo, es preciso que quede clara y sólidamente demostrada la posibilidad de verificarlo, porque si por dicha

clarecida la cuestion (V. *Deutsche Strafr*, 1863, pág. 42). E ilustre jurisconsulto napolitano, G. de Falco, Ministro ya de Gracia y Justicia del Reino de Italia, tuvo el valor nada comun de declarar: «que la cuestion de la pena de muerte por lo especialmente relacionada que está con el órden moral, con el derecho del hombre, individualmente considerado, y con el derecho de la conservacion social, continúa siendo todavía la más ardúa y delicada de las cuestiones que pueden ofrecerse en la ciencia penal.» (Véase su circular á los Procuradores generales, 24 Abril de 1866, en la que se piden noticias estadísticas con respecto á los efectos de la pena capital.)

ocurriera, que á pesar de lo falaz y desordenado de los argumentos de que se suele echar mano para combatir la pena de muerte, contuvieran los mismos la verdad, y acertáran los que ménos aptos son para discurrir, no sería completo el gozo que tan gran reforma produjera, puesto que iria acompañada de un grave descrédito para la ciencia.

FIN.

APÉNDICE.

El ilustre C. Cantú apreció mal en su obra *Beccaria y el Derecho penal*, la parte que á J. Carmignani corresponde en la historia de la cuestion de la pena de muerte. El caballero Julio Carmignani, sobrino del célebre criminalista, rectificó las aseveraciones de aquel escritor en una carta que le dirigió; pero Cantú no ha hecho hasta ahora indicacion alguna de esa rectificacion, como se la exigia y tenia derecho á esperarla su autor. Como no deja de tener importancia este punto histórico, sigue á continuacion copia de todo lo esencial de la carta mencionada, por interesar á un tiempo mismo á la ciencia pátria y á la memoria de un hombre que honra á nuestro siglo (1).

(1) Tambien contestó el profesor Francisco Carrara en el *Diario del profesor Ellero* á las aseveraciones de C. Cantú.

CARMIGNANI

EN LA

CUESTION DE LA PENA DE MUERTE.

Carmignani, en sus juveniles años, y cuando se hallaba casi enteramente absorto con las bellezas de la literatura (1), escribió un *Tratado de jurisprudencia criminal* (año 1795), en que se mostró partidario de la pena de muerte. Lo mismo opinaban en general los jurisconsultos de aquel tiempo; el libro inmortal de Beccaria y las reformas Leopoldinas, revocadas ya en parte, eran excepciones y novedades controvertidas en el terreno de la ciencia, así que no debe extrañarse que un jóven que se iniciaba entonces en el estudio de la jurisprudencia, siguiese en tan grave cuestion las huellas de Filangieri.

Pocos años despues, esto es, cuando ya Carmignani se dedicó asídua y exclusivamente al estudio del derecho, abjuró solemnemente cuanto habia escrito en 1795 acerca del

(1) Es sabido que Carmignani en su juventud tuvo repugnancia á los estudios legales y se dedicó con pasion á las composiciones dramáticas y escritos de declamacion que le atrajeron la benevolencia de Alfieri, á quién recitó muchas veces sus tragedias. (Véase Pardini, *señas biográficas* de J. Carmignani).

referido asunto (1), y llegó á ser uno de los más ardientes é infatigables defensores de las doctrinas de Beccaria: circunstancia en extremo notable, porque demuestra que ese cambio emanó del frio y severo raciocinio, exento de toda influencia del sentimiento humanitario.

Su enseñanza de derecho criminal, materia en que conquistó gran celebridad como jefe de escuela, contribuyó á afirmarlo más en los principios que admiten la suavidad de las penas, y que establecen, como último suplicio, los trabajos forzados á perpetuidad. Demostró con la historia, con la filosofía y con dictámenes científicos, doctrinas que hasta entonces solo se habian manifestado y sostenido á favor del sentimiento: todas las obras que publicó desde 1803 en adelante, lo comprueban de un modo completo y evidente (2).

(1) Hizo públicamente esta retractacion en 1803 al inaugurar el curso de Derecho criminal en la Universidad de Pisa, y despues, por medio de la prensa en 1807 en la primera edicion de su obra: *Juris Criminális Elementa*.

(2) Véase *Juris Crimínalis Elementa* en las cinco ediciones sucesivas hechas con el auxilio del Autor, la primera en Florencia en 1803, la última en Pisa en 1733, L. I., Parte II: «De Pœnis» y más particularmente el § 376 de la última edicion de Pisa. (Véase la *Disertacion crítica sobre el estudio de la disciplina criminal*, pág. 146, inscrita en la *Coleccion de Memorias, Tratados de Legislacion y Jurisprudencia cri-*

Fué el único que en el espacio de cerca de cuarenta años, sostuvo en Italia en tiempos contrarios á la libertad del pensamiento, sobre todo en lo que se creía podía inferir perjuicio al poder absoluto de los monarcas, con originales y poderosos argumentos, la abolición de la pena de muerte y procuró además difundir y popularizar esta idea empleando para ello varios medios (1).

Fué uno de ellos la cátedra, á la que atraía con su viva y varonil elocuencia estudiantes de todas las facultades y un gran número de ciudadanos y forasteros que exaltados por un irresistible entusiasmo, lo acompañaban en medio de frenéticos aplausos á su casa y le regalaban medallas de oro expresamente acuñadas para que fuese más duradero el recuerdo de aquellos momentos (2).

minal, Florencia, por Luis Pezzati, año 1822, tomo V: Véase *Teoría de las Leyes de la seguridad social*. Edición 1.^a, Pisa 1832, tomo III, pág. 160 y siguientes.)

(1) ¿Quién escribió ó peroró en Italia en el siglo XIX contra la pena capital antes de que sobreviniera la revolución de 1848? Solo Carmignani, y sin él, las doctrinas de Beccaria habrían sido letra muerta en su patria por lo que concierne al último suplicio.

(2) Muchos de los que le oyeron, conservan vivo en su memoria el general entusiasmo de aquellas ovaciones, y todavía encontramos una muestra de él en la advertencia que contiene al principio la edición pisana de 1836, de la *Lección sobre la pena de muerte*. Consérvanse en casa de Carmignani,

Además sirvieron para el mismo objeto los escritos que envió á periódicos científicos extranjeros, en que hablaba de las vicisitudes porque habia pasado la pena de muerte en Toscana y que constituian la prueba más luminosa de la justicia de su abolicion, y hasta la estatua colosal erigida en Pisa el año de 1832 al gran Duque Pedro Leopoldo, empresa que promovió componiendo para ella un epigrafe célebre hoy (1).

entre otros recuerdos, dos medallas de oro, una de las cuales, tiene estampada la efigie de Carmignani y el epigrafe

TANTO VIRO

PIS. ATHENAEI AUDITORES

MDCCCXXXII.

La otra con una corona de laurel y el lema

QUE PEREZCA EL DELITO Y EL DELINCUENTE VIVA.

Y en el reverso

A

JUAN CARMIGNANI,

LOS ESCOLARES RECONOCIDOS;

1835-36.

(1) Véase la carta á G. P. Vieusseux, contestacion á las aclaraciones pedidas por el doctor Ducpetiaux de Bruselas, relativamente á la cuestion de la pena de muerte, publicada en Bruselas en el *Correo de los Paises Bajos*, 1828.

Véase la memoria escrita en el *Diario crítico de jurisprudencia y legislacion extranjera*, Heidelberg, 1830, que lleva el titulo: *De las vicisitudes de la pena de muerte en Toscana*.

Finalmente, contribuyó de un modo eficaz al fin indicado, con las obras que hizo imprimir, muy especialmente con la que trata del asunto concreto y de la que treinta años después, al formular uno de los más ilustres jurisconsultos extranjeros su juicio acerca de los estudios relativos á la pena de muerte hechos desde 1830 en adelante, dice *que es la demostracion más enérgica de la abolicion de la pena de muerte* (1).

Desvanécese por completo la duda de si persistió ó nó Carmignani en sus convicciones, con solo examinar como lo hemos hecho nosotros, una série de incontestables documentos que demuestran, no solo que permaneció firme en ellas, sino que se dedicó con actividad al mismo asunto, en libros, y discursos y en su correspondencia dentro y fuera de Italia, desde 1803 hasta los últimos dias de su vida (año 1847) (2).

(1) Véase Mittermaier: *La pena de muerte considerada bajo el punto de vista de la ciencia, de la experiencia y de la legislación.*

(2) Si quisiéramos citar todos esos documentos, tendríamos que llenar más páginas, nos limitaremos á aquellos que han sido aceptados por la opinion pública y que podrá cada cual buscar.

Se dijo que Carmignani, en su *Proyecto de Código penal para Portugal*, mantuvo la pena de muerte para los delitos de Estado. Es muy cierto, pero se debió eso á motivos independientes de su voluntad. En la declaración que precede á aquel

Código, en el párrafo 4.º que lleva el título *Pena de muerte*, el autor dijo: «El redactor ha propuesto mantenerla para los delitos de Estado contra lo que le dicta su propia conciencia. La razón ha demostrado hasta la saciedad la injusticia de esa pena; la experiencia hecha en Toscana, donde á nadie se da muerte, ha probado su inutilidad; y la de otros países en que está en uso, como sucede en Lucca, inmediata á Toscana, muestra cuán impolítica es aquella, y cómo induce á los delitos de sangre.....»

Véanse los escritos inéditos de J. Carmignani. Lucca 1832, tomo V., pág. 6. Se dijo ya que en el índice de los libros prohibidos por la Iglesia donde se registra su *Leccion sobre la pena de muerte*, se añadió la cláusula: *Auctor laudabiliter se retractavit*. Tenemos que contraponer documentos que demuestran lo contrario. Basta leer las últimas páginas de la *Historia de la filosofía del Derecho*, donde Carmignani habla de Beccaria y que fueron escritas pocos días antes de su fatal enfermedad. Tomo 4.º, pág. 187 y siguientes.

Todavía tenemos otras explícitas declaraciones de Carmignani.

Véase las que inserta el preclaro profesor Carrara en el *Diario para la abolicion de la pena de muerte*, dirigido por el profesor Ellero.

Véase el fragmento escrito por Carmignani en el álbum de la Condesa Gabardí, con fecha del 4 de Agosto de 1840.

Véase la carta que Juan Carmignani, dirigió el 12 de Octubre de 1839 al Baron José Poerio, publicada en el periódico Florentino *La Nacion*, año 1860, núm. 26, en la que se expresa en estos términos:

«Si la congregacion del Indice condenó mi *Leccion sobre la pena de muerte*, me compensa ampliamente de este revés vuestro favorable juicio; y me hace recordar que *sufficit unus Plato pro cuncto populo*. Y en otra que dirigió á José de Cesare en 15 de Abril de 1842, dijo: «Tuvisteis razón en considerar vituperable mi opúsculo de 1793 sobre jurisprudencia criminal.... Adjuré aquel irracional é inhumano modo de

pensar en 1807, en la primera edicion de mis *elementos* *nos de Derecho criminal*: lo combatí en mi *Teoria de las leyes de la seguridad social*, y pensé destruirla con nuevas mas en una Leccion que se estaba imprimiendo

Véase la coleccion epistolar que contiene cartas que años eruditos dirigieron á José de Cesare. Nápoles 1853.

FE DE ERRATAS.

PAGINA.	LINEA.	DICE.	DEBE DECIR.
134	5. ^a	en la que se presenta	es la que se presenta
155	4. ^a	que su propia	su propia
168	25	Sbedes	Svedés
172	28	la version	la aversion

