

UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE LA SANTA CRUZ

FACULTAD DE TEOLOGÍA

Ignacio Campos Fernández-Figares

**LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA PENA DE MUERTE
EN NICETO BLÁZQUEZ Y EN ERNEST VAN DEN HAAG**

Tesis de Doctorado dirigida por:
Prof. Mons. Ángel Rodríguez Luño

ROMA 2006

INTRODUCCIÓN

STATUS QUAESTIONIS

Desde hace mucho tiempo es objeto de un debate interminable la cuestión de la pena de muerte. Recientemente suscitó de nuevo un notable interés mediático con motivo de la publicación del *Catecismo de la Iglesia Católica*, tanto en su primera edición (1992) como en su *Editio Typica* (1997). En esta última, la Iglesia reconoce en línea de principio la licitud de la pena de muerte como un recurso extremo, pero da a entender que actualmente es muy difícil que se den las circunstancias que justifiquen su aplicación¹.

Ha habido quienes aventuraban la hipótesis de una inminente condena radical y definitiva de la pena de muerte por parte del Magisterio de la Iglesia. Este tipo de conjeturas refleja quizá la opinión de un sector importante de la sociedad europea, que considera la pena de muerte como algo injustificable.

También en los Estados Unidos, donde la pena capital reviste un permanente interés editorial, tuvieron eco los documentos magisteriales. Si en Europa goza de cierto predicamento la actitud mencionada en el párrafo

¹ Cfr. *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1997, n. 2267. Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica*, Asociación de Editores del Catecismo, Bilbao 2000, n. 2267.

anterior, no cabe decir menos de la tendencia contraria en el país americano².

Por eso parece interesante hacer un estudio de dos autores: uno europeo y otro de los Estados Unidos. Niceto Blázquez es un teólogo abolicionista español. Ernest Van den Haag es un retencionista norteamericano que ha debatido con numerosos interlocutores y cuyo estudio tiene la ventaja de que nos permite conocer posiciones muy diversas y contrapuestas.

NUESTRO ESTUDIO

El objetivo que nos proponemos al estudiar dos autores de ámbitos tan diversos no es emitir un juicio ético “definitivo” sobre la pena de muerte³, sino conocer con cierta profundidad los argumentos que -a un nivel menos elaborado- están presentes en la “mente” de públicos más amplios. Hoy día, en Estados Unidos, la legislación penal de ámbito civil sólo contempla la pena capital para casos de asesinato. Las razones que sustentan posturas tan diversas acerca de cómo deba ser castigado este crimen implican, en muchos casos, discrepancias acerca del modo en que el valor de la vida humana debe proclamarse y defenderse por medio de las leyes; esto hace

² Y, concretamente, en el mundo católico. Cfr. DULLES, A., *Catholicism & Capital Punishment*, en “First Things” 114 (april 2001), pp. 30-35 (en adelante *Catholicism & Capital Punishment*; está disponible en <http://www.firstthings.com/index.html> [noviembre 2005]). Cfr. SCALIA, A., *God's Justice & Ours*, en “First Things” 123 (may 2002), pp. 17-21 (en adelante *God's Justice & Ours*; está disponible en <http://www.firstthings.com/index.html> [noviembre 2005]).

³ Tal empresa conllevaría el estudio exhaustivo de los argumentos apuntados, a favor y en contra, por los diversos autores (teólogos, filósofos, juristas, criminólogos, sociólogos, etc.), a la luz de la doctrina de la Iglesia.

que nos preguntemos hasta qué punto las legislaciones penales actuales reflejan el carácter inviolable de la vida humana.

A nuestro parecer, los cambios legislativos en materia penal que se han producido en Europa a lo largo de la segunda mitad del siglo XX señalan un triunfo práctico de la lógica abolicionista, lógica que subraya, *ante el Estado*, que toda vida humana debe ser respetada. El planteamiento retencionista subraya, en cambio, la importancia ética y jurídica de la diferencia entre inocente y culpable; y por ello insiste, *ante todos los miembros de la sociedad*, en que la vida del ser humano inocente es sagrada. Es evidente la discrepancia entre abolicionismo y retencionismo, pero no tienen menor importancia las diferencias existentes -acerca del derecho a la vida- en el seno del abolicionismo: si en un extremo tendríamos a quien, como el católico, exige *ante todos los miembros de la sociedad* el respeto de toda vida humana, en el extremo contrario tenemos a quien persigue más bien la defensa de una autonomía personal que consienta al individuo adulto decidir cuándo quiere poner fin a la propia vida. No es necesariamente grande -desde el punto de vista ético- la diferencia existente entre un partidario de la abolición y un retencionista, sobre todo si se compara con las discrepancias en torno a temas como aborto o eutanasia, existentes en el "interior" del abolicionismo. Esta observación nos parece interesante para no perder, con la atención a los matices, la percepción de los planteamientos de fondo.

FUENTES Y MÉTODO

En el ámbito europeo decidimos elegir para nuestro estudio la obra de Niceto Blázquez, por tratarse de un autor español actual, citado con frecuencia en la bibliografía teológica española e italiana sobre la cuestión.

Una figura de relieve en el debate americano sobre la pena de muerte ha sido, sin duda, Ernest Van den Haag, que nació en La Haya, pero vivió en Estados Unidos desde 1940 hasta su muerte, en 2002. Al igual que Blázquez, es autor de numerosas publicaciones sobre la pena capital. Parte de sus obras es de réplica o contraréplica a otros autores contemporáneos.

Como apreciará el lector, aunque los autores que hemos estudiado compartan el interés por la pena de muerte, el modo de aproximarse al tema es muy diverso. El punto de partida de Niceto Blázquez es la afirmación de la incompatibilidad de dicha pena muerte con el mensaje neotestamentario. Casi toda su argumentación gira en torno a esta cuestión. En una moral cristiana, que ha abrogado la ley del talión y que manda amar a los enemigos ¿tiene sentido la pena de muerte?

Van den Haag parte en cambio del *status quo* multiseular: todas las sociedades, también las cristianas, han admitido la pena de muerte. Ésta ha sido el modo de castigar los delitos más graves, en particular los atentados contra la vida humana inocente. La abolición de la pena de muerte ¿no constituye acaso una negación de la radical diferencia existente, en el plano moral y en el jurídico, entre el ser humano inocente y el culpable de asesinato?

Si el discurso de Blázquez nos permite conocer la “lógica” de una postura común a otros teólogos, se puede decir que el de Van den Haag nos da acceso, desde un planteamiento civil y pluridisciplinar, a las inquietudes de muchos ciudadanos americanos acerca del modo en que la legislación trata el delito.

Considerando las diferentes perspectivas de nuestros autores, hemos procurado adaptar a ellas la metodología de nuestro trabajo.

En el caso de Niceto Blázquez predomina la argumentación teológica, y la hemos tratado en primer lugar. Comenzamos con lo relativo a las fuentes (Sagrada Escritura, Tradición y Magisterio), con las que hemos confrontado puntualmente las tesis del autor, y pasamos después a recoger su exposición de los planteamientos de diversos teólogos (ordenados

cronológicamente). Por último estudiamos la argumentación filosófico-jurídica.

Al estudiar el planteamiento de Van den Haag sobre la pena de muerte comprendimos que éste se enmarcaba en una perspectiva más amplia (el fin del Estado, el del sistema de justicia penal, la finalidad de las penas) y que sólo podríamos reflejar cabalmente su pensamiento si dedicábamos un espacio suficiente a estas cuestiones. Nos parecía ineludible también la tarea de exponer su visión acerca de las teorías que pretenden explicar las causas del delito. Estas teorías han influido, sin duda, en el modo de percibir la dimensión moral del delito en la sociedad. No por revestir un carácter menos especulativo parecía menos importante transmitir la percepción que Van den Haag tiene del funcionamiento de la justicia penal norteamericana. Finalmente nos adentramos en la argumentación sobre la pena de muerte. En esta parte del trabajo, hemos visto necesario incluir de modo sintético las visiones de algunos autores con los que Van den Haag entró en debate. La aportación de éstos ha sido importante por varios motivos. Por una parte le han “obligado” a tratar diversos temas o a abundar en ellos (como en el de la retribución, en el caso de Conrad), por otra ponen de manifiesto que autores de diversas posturas (abolicionistas y retencionistas; retribucionistas, utilitaristas y teóricos de la disuasión, etc.) comparten, al menos en algunos puntos, su preocupación por las deficiencias y dificultades del sistema penal americano en la condena de los delitos y, en particular, del asesinato.

ESQUEMA DE LA TESIS

Para hacer honor al título abordamos en primer lugar la argumentación de Niceto Blázquez (Parte I) y después la de Ernest Van den Haag (Parte II),

para llegar a las conclusiones (Parte III), sobre la valoración de la vida humana en el ordenamiento jurídico y penal.

Dentro de la parte dedicada a Niceto Blázquez, la línea de los dos primeros capítulos nos la sugería un esquema clásico en los tratados teológicos actuales (también es cierto que daba pie a ello la obra del autor). Así, siguiendo el orden que comentábamos en el epígrafe anterior, abordamos en el capítulo I lo relativo a Sagrada Escritura, Tradición y Magisterio; y en el capítulo II los autores posteriores a la Época Patrística, para ocuparnos de los argumentos filosófico-jurídicos en el capítulo III. En cada uno de estos capítulos incluiremos unas observaciones. En un último capítulo se trazan una síntesis de la doctrina del autor, el resumen de nuestras observaciones y una valoración personal.

Hemos ordenado la argumentación de Van den Haag como sigue: en los cuatro primeros capítulos abordamos cuestiones relativas a las penas en general y en los cuatro siguientes se trata particularmente la pena de muerte. Finalmente haremos una recapitulación.

En el capítulo primero se justifica la existencia del sistema de justicia penal y se formulan los fines de la pena; en el segundo se plantean diferentes teorías que procuran explicar las causas del delito y se muestran sus insuficiencias; en el tercero exponemos diversas posturas que –en el fondo– afectan a la afirmación del ser humano como criatura libre, pero que nuestro autor estudia en atención a su compatibilidad o no con los aspectos retributivo y disuasorio de la pena; en el capítulo cuarto, que tiene menos importancia desde el punto de vista especulativo, tocamos las dificultades por las que atraviesa la justicia penal norteamericana en la condena de los delincuentes: algunas de esas dificultades nos ayudan a comprender las diferencias –con respecto a Europa– en la opinión pública en torno a la pena de muerte.

Buscando la coherencia con el protagonismo que tienen en el planteamiento de Van den Haag los fines de las penas, al tratar sobre la pena capital nos centramos en primer lugar en el aspecto disuasorio (capítulo quinto) y el retributivo (capítulo sexto). Después recogemos los

principales argumentos contra la pena de muerte (capítulo séptimo), para acabar exponiendo las cuestiones relativas a la constitucionalidad de la pena capital (capítulo octavo). En la recapitulación (capítulo noveno) señalaremos los aspectos de la doctrina de Van den Haag que nos parecen más importantes.

Valgan las observaciones que hemos ido apuntando a lo largo de las dos primeras partes como muestra de las reflexiones que nos suscitó su elaboración. Así, en las conclusiones con que finaliza nuestro trabajo, nos ceñiremos a lo estrictamente necesario para nuestro propósito. En gran parte de la literatura teológica sobre la pena capital suele estudiarse si ésta es en sí ética. Nos parece que esa aproximación –que hace abstracción de los condicionantes históricos, sociales, etc.- no corresponde al espíritu –ni a la letra- del *Catecismo de la Iglesia Católica* ni de la Encíclica *Evangelium vitae*.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Profesor Rodríguez Luño que me haya dirigido la tesis doctoral. La definición de objetivos y metodología ha sido de capital importancia para llevar este trabajo a buen puerto.

Quiero agradecer a S.E.R. Mons. Javier Echevarría muchas cosas, especialmente que me haya llamado al sacerdocio y que me haya brindado la posibilidad de estar en Roma, junto a Pedro: antes Juan Pablo II y ahora Benedicto XVI.

No puedo dejar de agradecer a la Santísima Trinidad: *Grátias tibi, Deus, grátias tibi: vera et una Trínitas, una et summa Déitas, sancta et una Únitas.*

**PARTE PRIMERA:
LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA
PENA DE MUERTE EN NICETO
BLÁZQUEZ**

INTRODUCCIÓN

Niceto Blázquez Fernández (Venta del Obispo, Ávila, 1937) es doctor en Filosofía, licenciado en Teología y profesor de Derecho natural en el Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, miembro de la Sociedad Española de Filosofía, y de la Sociedad Internacional «Tomás de Aquino». También es Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid. Entre los autores que más ha estudiado están san Agustín y santo Tomás de Aquino. Sus principales ámbitos de interés son la filosofía agustiniana, los derechos humanos y la bioética. Aparece con frecuencia en la bibliografía sobre la pena capital. Son numerosas sus publicaciones en este campo. Entre ellas se cuentan tres monografías¹.

En sus libros aclara que entiende la pena de muerte en sentido estrictamente jurídico, en el contexto del derecho penal, como castigo que confiere la suprema autoridad de una sociedad legítimamente constituida a determinados malhechores, de acuerdo con unas leyes establecidas en nombre de la estricta justicia y del bien común. Indica explícitamente que excluye tratar los casos que se enjuician a la luz del principio de la legítima defensa contra el injusto agresor, así como la casuística derivada de los conflictos bélicos².

¹ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *La pena de muerte según san Agustín*, Editorial Augustinus Revista, Madrid 1975; *Estado de derecho y pena de muerte*, Noticias, Madrid 1989; *Pena de muerte*, San Pablo, Madrid 1994. En adelante, respectivamente, *La pena de muerte según san Agustín*; *Estado de derecho y pena de muerte*, y *Pena de muerte*.

² Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 45-46 y *Pena de muerte*, p. 7.

El autor percibe en la pena de muerte –en las legislaciones que la contemplan– una fortísima conexión con el deseo de venganza³. Esto se refleja con frecuencia en sus obras.

Aunque podríamos decir que el *eje* de la argumentación de sus obras es de tipo histórico, la clasificación de argumentos que proponemos en el índice obedece al punto de partida de cada tesis en cuestión, que puede en su desarrollo derivar hacia otros campos distantes, al menos aparentemente, del inicial. El género literario –ensayo⁴– en el que están redactados algunos de sus escritos (p. ej.: *Pena de muerte* y *Estado de derecho y pena de muerte*) no siempre facilita la exposición de sus argumentos, porque ésta se hace de un modo poco lineal.

³ «Analizando escrupulosamente el modo como están redactadas las leyes que, antes, después, fuera y dentro del cristianismo, prescriben la pena capital así como los motivos que suelen invocarse para justificarlas, puede apreciarse que apenas difieren del instinto humano de venganza, más o menos sofisticado en nombre de la justicia y del bien común»: *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 52.

⁴ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 45.

CAPÍTULO I. ARGUMENTACIÓN TEOLÓGICA (I): SAGRADA ESCRITURA, TRADICIÓN, MAGISTERIO

A. La pena de muerte y la Sagrada Escritura

1. La pena de muerte en el Antiguo Testamento

Tras hacer un breve recorrido ilustrativo sobre la pena de muerte en el contexto de la historia universal, Niceto Blázquez estudia la cuestión en la Sagrada Escritura¹. Aborda en primer lugar el Antiguo Testamento. Menciona los capítulos 21 y 22 del Éxodo y el 20 del Levítico, en los que se prescribe la pena capital para diversos delitos y se formula la ley del talión. Citando a P. Remy, S. M., da a entender que en el Código de la Alianza se refleja la influencia de las culturas de venganza presentes en los pueblos circunvecinos a los israelitas. Poco después afirma, no obstante, que la pena de muerte en el contexto bíblico veterotestamentario representó un progreso notable –en humanidad, se entiende– respecto de las civilizaciones extrabíblicas. Blázquez sugiere la existencia de una evolución hacia la atenuación del recurso a la pena de muerte en la época de los profetas. Concluye su recorrido por el Antiguo Testamento con estas palabras: «Según la Biblia, el respeto al hombre y a su vida están en proporción directa con la idea más o menos elevada que los hombres tenían de Dios»².

¹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 46-49 y *Pena de muerte*, pp. 8-11.

² *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 50. Cfr. *Pena de muerte*, pp. 11-12.

2. *La pena de muerte en el Nuevo Testamento*

En las dos obras del autor que estamos siguiendo en esta parte del estudio³, el núcleo argumental para considerar ilegítima la pena de muerte consiste en hacer ver que aboliendo Cristo los preceptos veterotestamentarios judiciales -y de un modo explícito la ley del talión (Mt, 5,38-39)- queda abolida la pena de muerte⁴.

Para reforzar esta idea recoge varias citas que reflejan el espíritu del Nuevo Testamento respecto de los pecadores: búsqueda de su conversión y no de su muerte. Concluye: «De la lectura obvia de los textos que termino de referir, la conclusión inmediata que se deduce es que las penas capitales establecidas en el Antiguo Testamento son literalmente suprimidas por Jesucristo. La ley de Cristo, cuya síntesis más acabada es tal vez el Sermón de la Montaña, se basa en dos principios fundamentales incompatibles con el espíritu marcadamente vengativo de la pena capital veterotestamentaria: el amor a Dios con todo el ser, y el amor al prójimo como a nosotros mismos. Es el mandato de la caridad cristiana, cuya esencia consiste en perdonar al enemigo en esta vida hasta el extremo de ofrendar la vida propia. Ahora bien, el perdón hasta ese punto resulta incompatible con la pena de muerte. Dios perdonará nuestros pecados en la medida en que nosotros hayamos perdonado a los que nos han ofendido»⁵.

3. *Observaciones*

Dejando para el apartado dedicado a Santo Tomás la discusión sobre posible licitud de la restauración de un precepto legal de la Ley Antigua

³ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 53-56 y *Pena de muerte*, pp. 14-17.

⁴ Una exposición más detallada del autor sobre la relación entre Ley Antigua y la Ley Nueva se puede encontrar en: BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *Los tratados sobre la Ley Antigua y Nueva en la «Summa Theologiae»*, en "Scripta Theologica" (1983), pp. 421-467.

⁵ *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 55-56.

por parte del gobernante, se pueden enunciar una serie de cuestiones problemáticas de la argumentación hasta ahora expuesta. La *necesaria* conexión entre pena de muerte y deseo de venganza parece corresponder a una cierta confusión entre la pena retributiva y la venganza, y refleja, a nuestro modo de ver, una cierta identificación entre la ética personal y la ética jurídico-política.

De otra parte, cuando se da a entender que la existencia de condenas a muerte y de la misma ley del talión podría responder al contagio de las culturas de venganza del entorno geográfico, se corre el peligro de distinguir, dentro del Canon, unos pasajes de otros en atención a una valoración subjetiva. Aunque se demostrase que las condenas a muerte y la ley del talión hubiesen tenido ese origen, no pueden considerarse éstas como impurezas contenidas por error en el Antiguo Testamento: no parece coherente con la existencia del Canon sugerir distinciones de valor dentro del mismo.

B. La época patristica

1. *La pena de muerte hasta San Agustín*⁶

Las siguientes palabras ilustran hasta qué punto considera nuestro autor un tema específicamente cristiano el estudio de la licitud o no de la pena capital: «Históricamente hablando, las dudas serias y hasta la reacción abierta contra la presunta validez ética de la pena de muerte se producen sólo a raíz de la incidencia del cristianismo en la historia. Fueron los cristianos quienes empezaron a cuestionar de una manera radical y metafísica la eticidad de la pena de muerte en nombre de la antropología

⁶ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 56-61. *Pena de muerte*, pp. 17-21.

evangélica. En la Nueva Ley queda suprimida la ley semita del talión como incompatible con el mandato nuevo del perdón, extensivo a los enemigos»⁷.

En las páginas señaladas al comienzo del epígrafe, el autor, cita de modo indirecto diversos autores de los primeros siglos del cristianismo (San Hipólito, Orígenes, San Ignacio de Antioquía). Aquí nos ceñiremos a las citas referentes a colecciones de textos patrísticos.

a) San Juan Damasceno

La Referencia a San Juan Damasceno se limita a la siguiente frase que atribuye a san Clemente de Alejandría y a Eusebio de Cesarea: «A Dios no le place la violencia»⁸.

b) San Atanasio

En referencia al modo en que los arrianos practicaban los juicios, Atanasio se quejaba, según recoge Blázquez, del siguiente modo: «Ya no se practican los procesos judiciales de acuerdo con el evangelio, sino que los culpables, o se los condena a muerte o al destierro»⁹.

c) San Juan Crisóstomo

En la homilía 46 sobre el Evangelio de San Mateo, San Juan Crisóstomo comenta, entre otros pasajes, la parábola del trigo y la cizaña. La cizaña representa a los herejes. No debe ser arrancada, para evitar arrancar junto a ella el trigo. El símil sirve al Crisóstomo -y así lo recoge Blázquez- para señalar que el Señor prohíbe con esto que haya guerras, derramamientos de sangre y matanzas, ya que matar al hereje sería como desencadenar una

⁷ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 53.

⁸ El autor nos remite a PG 95, 1286.

⁹ El autor nos remite a PG 25, 306-307.

guerra sin cuartel por toda la tierra¹⁰. No prohíbe que se reprima a los herejes por otros medios, pero sí que prohíbe que se les aplique la muerte. En evitar arrancar el trigo el Crisóstomo ve dos posibles interpretaciones: la primera -que nuestro autor no comenta- es que el movimiento de armas para perseguir la herejía podría acarrear la muerte de numerosos *santos*. La segunda consiste en que no matando a los herejes cabe la posibilidad de que se conviertan muchos de ellos.

d) Lactancio

Hablando de la postura de Lactancio, Blázquez expone: «Lactancio, después de una descripción condenatoria del sadismo desplegado en los juegos circenses, declara tajantemente que la pena de muerte es de por sí algo vedado por Dios, aunque los hombres la reconozcan como justa en sus ordenamientos jurídicos. Según él no sería lícita la profesión militar en lo que tiene de relación con la muerte de los hombres. Mucho menos la pena de muerte en nombre de la justicia. “No está permitido al justo acusar a nadie de crimen capital, pues igual es el homicidio privado cometido con alevosía de un puñal que el homicidio público perpetrado por la acusación judicial. El matar a un hombre es siempre algo ilícito. El precepto divino de no matar es absoluto y no admite excepción alguna”»¹¹.

Llama la atención que obvie exponer el autor en las dos obras que venimos citando la réplica dada por San Agustín a la postura de Lactancio y que él mismo menciona -aunque no lo cite literalmente- en otra de sus obras¹².

El hiponense escribe: «Con todo, la misma autoridad divina señaló algunas excepciones al precepto de que no es lícito matar al hombre, y éstas

¹⁰ Nos remite a: *Obras de san Juan Crisóstomo*, II, Madrid, 1956, pp. 6-8.

¹¹ Nos remite a *Divn. Insti., Lib. VI, 20* (PL 6, 707-708). *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 60. Cfr. *Pena de muerte*, p. 20.

¹² *La pena de muerte según san Agustín*, p. 54.

son: aquéllos que Dios manda matar, ora sea por ley que haya dado, ora por un mandato ocasional expresado a una persona. Mas no mata aquél que debe servir a quien lo manda, como la espada obedece a quien la maneja. Y, por consiguiente, no obraron contra este precepto que dice: *No matarás*, quienes por mandato de Dios hicieron guerras o, investidos de autoridad pública, a tenor de las leyes, es decir, a tenor del imperio de la justísima razón, castigaron a los criminales con muerte»¹³.

e) San Ambrosio

En el párrafo que dedica a San Ambrosio afirma que éste pedía comprensión para los que de buena fe habían pedido para alguien la pena capital conforme a las leyes en vigor, pero que por otra parte advertía que los cristianos que lo habían hecho se privaban laudablemente de acercarse a los sacramentos. Asimismo afirma que San Ambrosio hacía observar cómo muchos paganos se gloriaban de no haber manchado su espada con la sangre de nadie, ejemplo a seguir por los cristianos, teniendo en cuenta el comportamiento de Jesús con la mujer adúltera. Concluye «Al propio emperador Teodosio le paró los pies san Ambrosio a la puerta de la catedral exigiéndole que se arrepintiera públicamente de haber decretado un buen número de sentencias capitales»¹⁴. Cierra el párrafo con una nota al pie que remite a la Epístola XXVI de San Ambrosio (PL 16, 1086-1090).

Dentro del estilo del ensayo se comprende en parte que la noticia de Teodosio no esté contenida en el texto a que antes nos referíamos. La epístola hace internamente referencia a una epístola previa (XXV en PL), que es en la que afloran los temas citados en el párrafo anterior. La epístola XXV se redacta en respuesta a una consulta, que refleja el dilema entre observar la leyes confiadas a quien hace la consulta (aplicar la pena de muerte) y vivir la misericordia y la benevolencia. En apoyo de la aplicación

¹³ SAN AGUSTÍN, *De Civitate Dei I*, XXI, (CCL 47, 23). La traducción está tomada de la edición a cargo de José Morán, B.A.C., Madrid 1958.

¹⁴ *Pena de muerte*, p. 21. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 61.

de la pena de muerte estaría la frase del Apóstol *Quia non sine causa gladium portat qui iudicat* (Rom 13, 4).

Ambrosio señala que fuera de la Iglesia existen quienes incluso no llaman a participar a los sacramentos a quienes vieron oportuno pronunciar sentencia de muerte contra alguno. Incluso muchos de los que se encuentran en esa situación deciden abstenerse espontáneamente de recibir los sacramentos y son alabados y no pueden evitar elogiarlos los que siguen la enseñanza de los apóstoles hasta el punto de no desear negarles la comunión.

Ambrosio es partidario de la clemencia y dice a su interlocutor que si aplicase la pena de muerte sería excusado, pero que si no lo hace será alabado por él. Comenta el pasaje de la mujer sorprendida en adulterio y presentada ante Jesús por los judíos.

Antes de concluir la Epístola XXV le indica al destinatario que tiene un ejemplo que seguir, haciéndole ver la posibilidad de que el reo se convierta. Respecto de los jueces aclara que los hermanos mayores en la fe decidieron ser bastante indulgentes con ellos para que temiendo la espada se reprimiese el delito y no se alentase. No se les negó la comunión para que no pareciese venganza por haber impuesto la pena al culpable y prefirieron que dependiese más de la voluntad del que se abstiene que de la obligación de la ley.

A nuestro modo de ver queda claro que Ambrosio ve más conforme a la enseñanza de Jesucristo la no aplicación de la pena de muerte, y sin duda así lo veían también quienes, habiendo decretado penas de muerte, decidían espontáneamente no presentarse a recibir los sacramentos. Parece claro que hay una cierta reserva en torno a la pena capital pero no hasta el punto que da a entender nuestro autor.

Por último, no parece que la referencia a la exigencia de penitencia pública al emperador Teodosio, con ocasión de la horrible matanza con que reprimió la revuelta de Tesalónica se pueda citar, sin más, como referida a la pena capital.

2. *San Agustín y la pena de Muerte*

Niceto Blázquez ha estudiado con profundidad el tema de la pena de muerte en San Agustín¹⁵. En los dos primeros capítulos de *La pena de muerte según San Agustín* recoge el *debate* histórico entre diversos autores sobre la postura del Doctor. Las palabras del propio autor pueden servir como resumen de lo tratado en ellos:

«De todo lo dicho en los capítulos precedentes se infieren dos conclusiones importantes para el propósito de nuestro trabajo. La primera es que existen realmente dos interpretaciones opuestas esencialmente del pensamiento agustiniano sobre la pena de muerte.

Según unos, Agustín admitiría el derecho en sí de la última pena por parte de las potestades terrenas, si bien se esfuerza en hacer prevalecer la ley del perdón, más coherente con el espíritu cristiano y con su propio carácter bondadoso, así como por razones de prestigio eclesial frente a un mundo pagano, herético y hostil. Estos aspectos constituirían el gran humanismo agustiniano compatible con la pena capital como supremo acto de justicia humana indispensable en condiciones extremas.

Otros, por el contrario, basándose en los mismos textos, deducen la conclusión contraria. El pensamiento agustiniano rechazaría cualquier intento de injertar en él la legitimidad ética de un derecho que se arrogara la facultad de castigar a un ser humano con el último suplicio bajo ningún pretexto. Las razones alegadas para defender esta interpretación pretenden ser de corte marcadamente metafísico y teológico destacando en los textos agustinianos aquellos aspectos que dicen relación inmediata con la dignidad de la naturaleza humana en sí misma y de sus connotaciones metafísico-redentivas con Dios, Creador y Redentor en Jesucristo.(...)

La otra conclusión antes aludida, más que conflictiva es reveladora y de suma utilidad para establecer el método a seguir en nuestro esfuerzo de esclarecimiento. Todos están de acuerdo en que san Agustín evolucionó en

¹⁵ Cfr. *La pena de muerte según san Agustín*.

materia penal de la tolerancia y permisividad social y del diálogo a ultranza a la represión compasiva y medicinal»¹⁶.

En estos dos capítulos el autor parece limitarse a recoger los enfoques de los diversos autores, haciéndonos partícipes del debate histórico, sin pretender pronunciarse él mismo salvo en contadas ocasiones. Hemos de decir que en todo el libro el autor no muestra divergencias con el planteamiento de San Agustín que él expone.

El autor considera que «para san Agustín, la pena de muerte es un problema que ha de ser estudiado dentro del contexto social de su época y de los principios fundamentales del derecho penal agustiniano en general»¹⁷.

a) San Agustín y las penas en general¹⁸

Bajo el epígrafe «La tesis de la libertad»¹⁹ Niceto Blázquez trata aspectos de la antropología agustiniana de importancia para el tratado de las penas en general. Siguiendo su exposición la justificación de las mismas no ofrece ninguna duda en san Agustín.

Enunciamos las ideas fundamentales: la delincuencia social no es más que un aspecto del mal en general, «el hombre es un ser libre por constitución metafísica, radicalmente capaz de prevaricar». El hombre es capaz tanto de pecar como de arrepentirse. Donde no llega con las solas fuerzas -para obrar el bien, se entiende- puede llegar con la ayuda divina. El hombre tiene la capacidad ontológica de optar por el bien o por el mal, y por ello puede ser juzgado. El primer testigo de nuestra libertad es nuestra propia conciencia. Agustín conoce con profundidad la naturaleza humana

¹⁶ *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 75-76.

¹⁷ *Pena de muerte*, pp. 23-24.

¹⁸ Cfr. *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 75-112.

¹⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 76-79.

y a la vez es consciente de las posibilidades existentes de liberación en Cristo. Que la voluntad del hombre es libre quiere decir que el hombre actúa con el suficiente grado de independencia como para que se pueda atribuir la responsabilidad de un acto al sujeto personal que lo ejecuta. La problemática agustiniana sobre el mal estriba en el hecho de la libertad humana; en este contexto hay que incluir los problemas de la delincuencia y el fundamento de la existencia de los tribunales de justicia: el hecho de que nadie considera digno de condena a quien obra sin libertad supone la existencia de un mínimo de libertad en el hombre suficiente para causar el mal que justifica la razón de ser de un orden de justicia penal. La voluntad es personal porque está en poder de la persona. Si la voluntad humana no fuese libre serían tan injustos los premios como los castigos, y no habría razón para considerar una acción más justa o injusta que otra. También la Sagrada Escritura testimonia que la voluntad está dotada de libre albedrío. San Agustín afirma la existencia de libertad ante los maniqueos. Sin libertad no podría haber delincuencia digna de castigo, ni tribunales de justicia legítimos. Se trata de una libertad constitutiva –el hombre es ser libre por naturaleza–, pero limitada, como el hombre es limitado por naturaleza. El hombre es susceptible de ser juzgado porque es capaz de ser delincuente en virtud de su libre albedrío.

Dentro del epígrafe «Dimensión social del hombre y bien común»²⁰ se exponen ideas referentes a la dimensión social que el hombre tiene por naturaleza. Dimensión que se refleja en la familia, en la ciudad y en el mundo. Al justo desarrollo de esa socialidad han de contribuir las leyes, los tribunales de justicia, los premios y castigos, etc. La sociedad es una comunión y el individuo debe encontrar en ella la protección necesaria para el despliegue de su racionalidad, para ello existen el gobierno y las leyes que protegen y estimulan los bienes comunes a todos los miembros de la

²⁰ Cfr. *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 79-85 y BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *Introducción a la filosofía de san Agustín*, Instituto Pontificio de Filosofía, Madrid 1984, pp. 164-174. En adelante nos referiremos a esta segunda obra como *Introducción a la filosofía de san Agustín*.

sociedad. La sociedad también cumple su función estableciendo leyes proporcionalmente punitivas cuando es necesario. Los buenos gobernantes cumplen su función en la medida en que promueven en sus dominios lo bueno y lo honesto, incluyendo también aquí cuanto se refiere a Dios; en la ley eterna deben fijarse los gobernantes para ver qué es lo que legalmente deben mandar, prohibir, premiar o castigar. Las leyes y la sociedad existen para el bien común. El hombre, siendo libre es capaz de hacer imposible la convivencia ordenada y honesta, convirtiéndose en delincuente. «La conservación y restauración del orden natural perturbado es un imperativo de la ley eterna que socialmente exige tanto la prevención del delito como la reparación del mismo. El orden natural de la justicia reclama un orden jurídico de coartada al pecado. Pero, si éste prevalece, ese orden justo se salvaría en la medida en que el delito no quede impune»²¹.

Hay un imperativo de orden natural que justifica la razón de ser del castigo social al servicio de la paz y del bien común. Si la intervención preventiva por parte de la autoridad no bastase, ésta debe usar medidas represivas de carácter vindicativo y compensativo, que hacen del miedo un instrumento eficaz para doblegar el ánimo de los malhechores.

A continuación el autor recoge unas citas de las epístolas 153, 87 y 204²², que confirman lo dicho anteriormente y reflejan –en la epístola 87– que el recurso a la autoridad por parte de los cristianos se hacía no para que persiguiera a los herejes, sino para proteger a los católicos de sus violencias. Después de comentar la situación de persecución que se vivía en África por parte de los donatistas, recoge un párrafo de San Agustín en el que hace un elenco de lo que considera actitudes del emperador *feliz*: entre ellas están el ser tardo para castigar y pronto para perdonar; imponer el castigo no por venganza, sino por la necesidad de gobernar la república; y que si bajo su

²¹ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 80. Cfr. *Introducción a la filosofía de san Agustín*, p. 168.

²² San Agustín, *Epist.153*, 6, 16, 19 (PL 33, 660-662), *Epist.87*, 8 (PL 33, 300) y *Epist.204*, 4 (PL 33, 940) respectivamente.

dominio se otorga el perdón, que no sea para dejar impune la injusticia, sino por la esperanza de la enmienda²³.

Tras aplicar a los magistrados el principio de que deben ser más propensos al perdón del delincuente que a la reivindicación descarnada de la justicia, concluye el epígrafe: «Supuesta la condición radicalmente libre del hombre y su dimensión social, es evidente que, para san Agustín, la garantía del bien común, legítimamente representado por el Estado, cohonestamente la acción humanamente represiva y ejemplar de la criminalidad»²⁴.

En el epígrafe «Crimen y pecado»²⁵, admitiendo el autor la dificultad que en san Agustín tiene la cuestión terminológica, procura aclarar la diferencia que en el pensamiento agustiniano existe entre estos dos conceptos. «El crimen es un pecado gravísimo, digno de acusación y condena»²⁶. Blázquez aclarará que en el crimen hay «una dimensión social y externa», que es «digno de ser delatado y condenado»: se trata de «acciones externamente apreciables capaces de violar el orden social y los derechos de los demás». Con todo ello se quiere expresar que según san Agustín el carácter pecaminoso del crimen trasciende al exterior, pudiéndose objetivar y juzgar desde fuera. Para aclarar esto sirve un texto en el que san Agustín cita condiciones que el Apóstol ponía sobre la selección de los candidatos a presbíteros y diáconos. Entre ellas no está el ser libre de pecado, sino de crímenes como «el homicidio, el adulterio, el robo, el fraude, el sacrilegio y otras acciones del género»²⁷. Son obras en las que se destaca tanto la gravedad como el carácter externo, aspectos esenciales por los que el crimen exige rendir cuentas ante la sociedad. «El

²³ Cfr. *De Civitate Dei* V, XXIV, (PL 41, 170-171).

²⁴ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 85.

²⁵ *Ibidem*, pp. 85-89.

²⁶ *In Iohannis Evangelium* 41, 9 (PL 35, 1697).

²⁷ *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 87-88. Cfr. *In Iohannis Evangelium* 41, 10 (PL 35, 1697).

paso del pecado al crimen se conoce por la gravedad y la exterioridad»²⁸. La represión de las malas acciones por parte de la autoridad civil o eclesiástica debe recaer sobre la razón de crimen, no de pecado; esta última sólo Dios está en condiciones de juzgarla.

En el epígrafe «El castigo social como imperativo de la justicia»²⁹ recoge la definición de la justicia como la virtud que nos empuja a dar y reconocer a cada uno lo que es suyo. San Agustín hace ver que el que sufre castigo siendo culpable de delito no recibe injuria, sino que padece conforme a derecho. Siendo la paz algo universalmente querido, que requiere la justicia, esta última en cambio no es practicada por todos. La máxima agustiniana es contundente: *¿quieres la paz?, practica la justicia*. Sin duda san Agustín ve la necesidad de la justicia humana. Blázquez se pregunta: «¿Será el castigo o la pena un imperativo de la justicia misma? Si se contempla la cuestión a la luz de todo el contexto agustiniano, no hay duda de que la respuesta debiera ser afirmativa. La justicia, según san Agustín, es eminentemente una reivindicación de derechos individuales, sociales y hasta legales, cuyas lindes terminan donde comienza la venganza y la ley del talión»³⁰. A continuación, parafraseando a san Agustín, dice: «El criterio supremo es la caridad y el próximo la prudencia, de tal modo que no se castigue, si no es para mejorar las cosas, ni se dispensen las penas para que degeneren»³¹.

«Hay pasajes -continúa- en los que san Agustín reconoce a la justicia una función auténticamente conmutativa, por cuanto restituye a cada cual lo suyo en medidas de absoluta igualdad». En las penas reconoce, como dirá poco más adelante, un carácter esencialmente expiatorio y compensativo. Quien cometió un delito de modo implícito eligió los

²⁸ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 88.

²⁹ *Ibidem*, pp. 89-95.

³⁰ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 91.

³¹ «Nihil puniant quod non valeat ad melius: nihil indulgeant quod vertat in peius»: *De ordine II* 8, 25 (PL 32, 1006).

trastornos que le supondrá el intento de restablecimiento de la justicia. «La pena no es otra cosa que la reacción vindicativa del orden perturbado. Mediante las penas, por tanto, el delincuente es compelido a reordenar sus malas acciones»³². «Desde el punto de vista legal, la pena consiste precisamente en ese obligado retorno al orden como condición indispensable para restablecer el estado de justicia»³³. «El carácter vindicativo de la justicia es automático por cuanto entre el hacer lo que no se debe y su retribución penal no hay distancias ni intervalos de tiempo»³⁴.

El autor se pregunta si será la ley del talión la fórmula adecuada para realizar el ideal perfecto de justicia social. Aunque afirma que san Agustín considera inadmisibile la ley del talión como forma de administrar la justicia, deja para más adelante el mostrar cómo trata el Santo la cuestión de la moderación en los castigos.

Incluye un texto de San Agustín que sólo en parte se puede considerar en su línea argumental. San Agustín está precisando el sentido de las frases de Jesús *No juzguéis y no seréis juzgados; con la medida que midiereis seréis medidos* (Mt. 7, 1-2). Y, poniendo el ejemplo del estupro, comenta que el castigo no será para el delincuente sufrir el mismo acto que él ha ejecutado. Continúa después: «La expresión: *Con el juicio con que juzgaréis con ese seréis juzgados*, equivale, según san Agustín, a esta otra: *Con la voluntad con que hiciereis el bien os salvaréis. O bien: "Por la voluntad con que hiciereis el mal, seréis castigados"*»³⁵.

Estos contenidos son especialmente importantes –entiendo– en la medida en que la tesis de Blázquez, ya comentada al tratar de la Sagrada Escritura, es que la pena de muerte está íntimamente ligada a la venganza.

³² *La pena de muerte según san Agustín*, p. 92. Me parece no obstante que son dos aspectos distintos, y que esta distinción se mitiga un tanto con la expresión *por tanto*. Más adelante habrá que tratar este aspecto.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 94.

Antes de concluir el epígrafe el autor dice que para san Agustín los principales responsables de la administración de la justicia penal –cada uno en su ámbito– son el Estado y la Iglesia, a tenor de unas leyes justas, que una vez establecidas serán el criterio objetivo para el juez, que habrá de atenerse a ellas³⁶.

En el epígrafe «Los fines del derecho penal»³⁷ el autor expone su visión sobre el pensamiento agustiniano en este punto. Recapitulando lo ya dicho argumenta que se infiere de todo lo anterior en las penas un carácter expiatorio y reparatorio del orden perturbado. «La justicia agustiniana se extiende, por tanto, al campo retributivo y restaurativo»³⁸. No está ausente en la exposición cierta ambivalencia: de una parte se considera justo el aspecto vindicativo de la pena (que mira al orden, la paz y la humana convivencia en la sociedad), de otra lo importante para san Agustín es la conversión del pecador. La contrariedad que supone para el pecador la pena estaría orientada a deshacer la decisión libre de la voluntad que

³⁶ Cfr. *ibidem*, p. 94. *Introducción a la filosofía de san Agustín*, p. 188. La dificultad en coherencia con esta afirmación del autor estriba, como se verá, en que san Agustín no señala como injusta la ley que condena a muerte.

³⁷ Cfr. *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 95-100.

³⁸ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 95. El carácter expiatorio desde el punto de vista teológico se refiere a la propia purificación de las culpas mediante algún sacrificio. Éste es el sentido que –entendemos aquí– tiene más importancia para san Agustín, según nuestro autor. Expiar, desde el punto de vista jurídico, es sufrir la pena impuesta por los tribunales; aplicado al reo tendría carácter retributivo. Entendemos que esta expiación jurídica puede hacer reflexionar al reo, que *sufre en su carne* las consecuencias de la injusticia que cometió, facilitándole también la expiación en el sentido *teológico*. Reparar se puede entender como enmendar, corregir, (incluso remediar): en este sentido se aplicaría al reo. También se puede entender como desagraviar o satisfacer al ofendido. Ambos sentidos concuerdan, a nuestro entender, con el aspecto vindicativo. Retribuir significaría recompensar o pagar (aplicable también en sentido negativo: castigar). Por restaurar se puede entender, atendiendo a una de las acepciones que señala el D.R.A.E., reparar o volver a poner algo en el estado o la estimación que antes tenía.

ocasionó el delito. Por una parte el Santo reconoce a la autoridad la potestad de imponer penas a los delincuentes, de otra quiere evitar con su intercesión la muerte del reo. Blázquez subraya que la herejía como tal no era considerada por san Agustín como delito digno de represión: sólo cuando ésta llevaba aneja la violencia: como en el caso de los donatistas que acosaban a obispos, sacerdotes y laicos, matando unas veces, mutilando otras. En cualquier caso el fin de la pena no es hacer infeliz al delincuente, sino hacerlo dichoso con la enmienda. En san Agustín se aúna el carácter vindicativo de la justicia penal con la posible corrección y rehabilitación del delincuente. El delito –que es obra del hombre– no se debe dejar impune, pero la naturaleza no debe ser destruida: se debe buscar la corrección y enmienda del delincuente en esta vida, para que no se pierda en la vida eterna.

Dentro del epígrafe que acabamos de glosar el autor comenta que la autoridad vindicativa es coparticipada por el poder civil y por la Iglesia, si bien se entiende que en sus ámbitos respectivos –así la Iglesia, p. ej., puede aplicar la excomunión para evitar males mayores contra la paz y la tranquilidad eclesial³⁹.

En el titulado «Límites del castigo legal y de la intercesión episcopal», repite el autor algunas de las ideas ya expuestas. Por otra parte dice que el imperativo definitorio de la justicia «dar a cada uno lo suyo» no cambia al ser contemplado desde una óptica cristiana, si bien se debe armonizar con el perdón cristiano. «La sociedad entonces puede castigar sobre la base de la justicia como virtud imperante hasta donde lo permita la necesidad de la paz social y la humana convivencia en un pueblo rectamente gobernado por hombres que no buscan saciar sus odios o ambiciones, sino la tutela y bien común de la república»⁴⁰.

El autor enuncia los principios que deduce de la doctrina agustiniana en materia penal: la libertad es causa de la culpabilidad; no todos los daños

³⁹ Cfr. *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 97-98.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 101-102.

causados por la mala voluntad pueden ser igualmente compensados (p. ej. el homicidio o la pérdida de la inocencia); hay que castigar al delincuente teniendo en cuenta la proporción de los daños causados pero sin pedir imposibles ni caer en la ley del talión⁴¹. A esto aplica la enseñanza evangélica de que la medida con que uno mide le será aplicada a él por Dios. El juez debe ponderar sucesivamente la voluntad del delincuente, los daños causados y la aplicación de penas que sean más conformes con la dignidad humana: que busquen más la enmienda y rehabilitación que la venganza bajo el pretexto de la justicia. Consideradas todas estas cosas la ley penal será justa y el juez estará obligado a seguirla, siendo preferible quedarse corto castigando a ser inhumano en el castigo, ya que la mansedumbre y perdón cristianos son bienes supremos de los que la sociedad tiene derecho a participar⁴².

Para san Agustín la actitud del juez debe ser la de un padre, un médico, un educador: vivir la caridad, mansedumbre y misericordia cristianas. Así en la epístola que dirige a Marcelino le invita a no castigar cruelmente lo que en el proceso ha descubierto sin recurrir a métodos violentos⁴³. San Agustín es consciente de que el de la intercesión es un derecho que tiene. También el de ejercer cierta coacción sobre los cristianos que, estando como fieles bajo su potestad episcopal, ejercían el ministerio judicial: «Si no quieres escuchar a un amigo que te lo pide, obedece al obispo que te aconseja»⁴⁴. De modo semejante en la epístola a Apringio, como teme que aplique la pena de muerte a algunos circunceliones que habían mutilado a católicos, escribe: «Pero tanto ellos como los otros homicidas convictos pueden ser condenados a muerte por ti, y eso es lo que temo. Ruego como cristiano a un juez y como obispo a un cristiano para que no suceda». Blázquez recoge otros textos que ilustran el pensamiento de san Agustín

⁴¹ Cfr. *ibidem*, p. 103.

⁴² Cfr. *ibidem*.

⁴³ Cfr. San Agustín, *Epist.* 133, 2 (PL 33, 509-510).

⁴⁴ San Agustín, *Epist.* 133, 3 (PL 33, 510).

sobre el modo en que hay que tratar al delincuente: castigarlo sin odio, buscar su corrección y rehabilitación (...) y sobre el papel intercesor del obispo. Así en respuesta a Macedonio, que se encontraba ante el dilema entre aplicar la ley que mandaba condenar a muerte y obrar conforme a los consejos recibidos de san Agustín, le dice que no dude de que ese oficio intercesor del obispo deriva de la religión.

En el epígrafe «Evolución de la postura agustiniana en materia penal»⁴⁵ el autor recoge diversos textos que permiten comprobar un cambio en san Agustín desde una actitud inicial de tolerancia y permisividad ante los paganos y los donatistas -que el propio santo atribuye a su inexperiencia- hacia posturas más rigurosas. Al principio san Agustín era partidario del diálogo: prefería no tener como falsos conversos a aquéllos que tenía ciertamente por herejes. Pero se fue convenciendo, en parte por la experiencia de otros obispos, de que la fuerza del partido donatista se mantenía por la violencia de modo que donde la ley imperial prohibió la herejía muchos se atrevieron a volver a la fe. Aunque era preferible convertirse por amor, el realismo le decía que era mucho mayor la proporción de los que se convertían por temor a la ley civil. En opinión del autor más que de una evolución en el pensamiento agustiniano en materia penal se trata de un realismo político adquirido con el paso de los años: las circunstancias históricas no permitían resolver con el diálogo lo que de hecho se mantenía con la violencia; no se trataba de reprimir la herejía, sino de reprimir la violencia de la que se servía la herejía; de hecho la aplicación de la ley que reprimía la herejía se pidió para reprimir la violencia de la que ésta se servía. «Con todo, para guardar aun con los indignos la mansedumbre cristiana, no se castigaba con la pena de muerte, sino con multas pecuniarias y con el destierro de sus obispos y ministros»⁴⁶. Ante los delitos que contra la integridad física de los católicos cometían paganos y donatistas, la ley imperial que prohibía paganismo y herejía suponía cortar el problema en su raíz.

⁴⁵ *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 108-112.

⁴⁶ *Epist. 185, 7*, 25-26 (PL 33, 805-806).

Antes de acabar el epígrafe del que venimos tratando el autor nos recuerda que en su opinión es clave situarnos en el contexto socio-jurídico de la época agustiniana para entender su postura sobre la pena de muerte.

b) Contexto socio-jurídico en la época de san Agustín

En el capítulo cuarto del libro *La pena de muerte según san Agustín*, el autor dedica los dos primeros epígrafes al terrorismo pagano y donatista respectivamente: de ellos eran víctimas los católicos. El tercer epígrafe lo dedica a las leyes en vigor. Muestra la paulatina influencia del cristianismo en diversos campos de la legislación. Ciñéndonos a la materia más próxima a nuestro tema, cabe citar la igualdad de juicios y penas prescindiendo de la clase social de los delincuentes, la prohibición de algunos castigos sociales, la mejora en el régimen de prisiones y detenciones preventivas, la humanización de las diligencias de instrucción criminal, la consideración del paganismo y la herejía como delitos: a esto último dedica varias páginas.

Pasa a hablar de san Agustín, aclarando: «Nos hallamos ante un obispo que intercede y enseña, no ante un académico que en términos científicos de escuela plantea el problema de la pena de muerte ante un alumnado que escucha para superar unas pruebas y ejercer una profesión para ganarse el pan.

Agustín no se planteó el problema *a priori*. Se le plantearon las circunstancias sociales y legales antes descritas con las cuales pudiera ser que ni él mismo estuviese de acuerdo. El problema se planteaba en términos vitales imprevistos, no académicos previamente programados»⁴⁷.

El autor da paso a dos nuevos capítulos: en el quinto abordará textos agustinianos *deprecativos* contra la pena de muerte; en el sexto textos *polémico-interpretativos* de san Agustín: es decir, que son según el autor

⁴⁷ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 142.

difíciles de interpretar y sólo se entienden bien en su contexto socio-jurídico y a la luz de aspectos generales del pensamiento agustiniano.

c) Textos agustinianos deprecativos contra la pena de muerte⁴⁸

El autor distingue con esta denominación los textos en que san Agustín se adelanta a la aplicación previsible de la pena de muerte prevista por algún delito, en oposición a otros que son reflexiones sobre sucesos ya acontecidos.

A lo largo de los textos agustinianos citados en el capítulo que nos ocupa se aprecia la preocupación de san Agustín tanto porque se reprima la violencia que sufren los cristianos, como porque esta represión se haga sin recurso a torturas ni a pena de muerte, quedando claro que para nada buscan los cristianos la venganza, sino sólo vivir en paz. Los textos citados por el autor en este capítulo –salvo uno– proceden de epístolas. Muchas de ellas se sitúan en el contexto de la intercesión episcopal. Sirven para ilustrar cómo, a pesar de la gravedad de los delitos cometidos contra los católicos, el obispo se opone a la muerte violenta de los malhechores.

No está exento el capítulo de momentos en los que se pone en dificultad la tesis sostenida por el autor, que se hará explícita más adelante, a saber: san Agustín no sólo se habría opuesto, con la práctica de la intercesión episcopal, a la aplicación en casos concretos de la pena de muerte, sino que, en consonancia con el cuerpo general de su doctrina, también se opondría desde el punto de vista teórico a la existencia de un derecho por parte de la autoridad civil de aplicar la pena de muerte a algunos malhechores. Así por ejemplo, con ocasión de la correspondencia entre san Agustín y el pagano Nectario, dice: «para nuestro propósito interesa mucho dejar bien claro que en toda la discusión Agustín se ha mantenido en un nivel paralelo al de Nectario, el cual no ha planteado la cuestión de si la pena de muerte es en sí

⁴⁸ Cfr. *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 143-170.

misma legítima o no»⁴⁹. Quizá por ello más adelante dice: «Tampoco nos parece legítimo razonar del modo siguiente: así como Nectario se muestra contrario a la pena de muerte, aunque en el fondo podía estar convencido de la legitimidad en sí de tamaño castigo, del mismo modo Agustín sería opuesto en la práctica por razones pastorales y pedagógicas a la ejecución legal de los reos, pero admitiría el derecho en sí mismo a imponer la última pena por parte de la suprema y legítima autoridad»⁵⁰.

Se extiende el autor en la exposición de la postura agustiniana siguiendo la epístola 100 dirigida al procónsul africano Donato. En ella el Santo, exponiendo que el mal hecho contra los santos es más grave que si se cometiese contra la gente en general, expresa su temor de que el procónsul –cristiano- los castigue atendiendo más a la gravedad de los delitos que a la mansedumbre cristiana. Le dice que cuando hay ocasión de llevar a los malhechores a los tribunales, se persigue corregirlos, «no matarlos, para que no incurran en la pena de la condenación eterna. No queremos que sigan rebeldes a la disciplina ni que se les someta a los suplicios que merecen. Reprime sus pecados de manera que tengamos gente arrepentida de haber pecado». Y, más adelante: «Te ruego que cuando asistas a los pleitos de la Iglesia y veas que se le ha hecho objeto y víctima de graves injurias olvides la potestad que tienes de matar y no te olvides de mi petición». El interés del Santo por salvar la vida de los agresores herejes es tan grande que llega a decir que si teme que éstos sean matados llegará a no denunciarlos, para que no corran ese peligro. Se pregunta el autor si implícitamente la postura de san Agustín es un reconocimiento del derecho de la autoridad civil a imponer la pena capital o si su oposición a la pena de muerte significaría un rechazo a la misma desde el punto de vista ético⁵¹. Se responde diciendo que es una cuestión bizantina intentar dirimir si la potestad de matar que el obispo reconoce es física o moral: es *legal*. Y, como

⁴⁹ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 150.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 151.

⁵¹ Cfr. *ibidem*, p. 154.

en otros tiempos los cristianos habían sufrido las leyes que contra ellos se dictaban, «el pretender deducir de esa expresión fuerte agustiniana en la que se aconseja a Donato a no seguir lo prescrito por la ley, que san Agustín admitiría la legitimidad moral en sí misma de la ley capital, es algo que resulta sumamente violento y caprichoso si se leen los textos con frialdad y con una mente despejada de ideas preconcebidas»⁵². De hecho nuestro autor deduce que, reconocida la culpabilidad de los delincuentes, si el Santo propone una penalización distinta de la legalmente prevista, está implícitamente diciendo que esa pena capital es injusta⁵³. Para el autor es claro el no rotundo de san Agustín a la aplicación de la pena de muerte. Le parece científicamente desaconsejable el buscar justificaciones implícitas desde el punto de vista teórico a la pena de muerte en cuanto tal en los textos mencionados.

También ante Marcelino expresará san Agustín su temor de que a los reos confesos de actividades terroristas se les aplique la pena de muerte, instándole a que ni haga ni permita tal cosa. San Agustín le hace ver que, habiendo sido los delincuentes detenidos por los agentes del orden «de oficio», podría él simular no tener noticia y obviar el actuar como intercesor. «Pero no queremos que los padecimientos de los siervos de Dios sean castigados con semejantes suplicios, como si se aplicara la ley del talión».

San Agustín es consciente de que dejar impune el mal haría más audaces a los malhechores y propone la aplicación de penas útiles como trabajos, etc., de los que éstos entenderán que más que de un suplicio se trata de un beneficio porque se les corrige, y se les posibilita el arrepentimiento. La actitud que recomienda al juez es la de investigar con paterna diligencia y castigar sin apetito de venganza. Agustín recuerda al tribuno la responsabilidad que como laico tiene de representar dignamente a la Iglesia en los asuntos temporales.

⁵² *Ibidem*, p. 155.

⁵³ *Cfr. ibidem*.

Con ocasión de comentar la epístola 139 el autor muestra cómo para san Agustín el procurar evitar la condena a muerte de los malhechores es una cuestión de conciencia, en la que se muestra además la mansedumbre católica: ambos aspectos son muy importantes. El Santo quiere evitar además que el martirio de los siervos de Dios se vea mancillado por la condena a muerte de sus asesinos.

En la correspondencia con Apringio salen a relucir los mismos temas ya comentados: se puede destacar que san Agustín le dice que obraría de igual modo como intercesor aunque el interpelado no fuera católico: «Le instaría, en la medida en que me lo permitiese, para que los padecimientos de los siervos católicos de Dios, que han de ser modelos de paciencia, no fuesen empañados con la sangre de sus enemigos». Para Blázquez es claro que ante la argumentación moral de san Agustín, el poder legal de Apringio queda desbordado. Ante él, como en otros casos, san Agustín ha hecho valer su autoridad de obispo, que debe ser obedecido.

No obstante recoge el autor otra cita del Obispo de Hipona que viene a dificultar –a mi entender– su propia hipótesis: «Si no hubiese otro recurso para frenar la malicia de esos perdidos, quizá la extrema necesidad urgiese darles muerte. Por lo que toca a mí, aún en ese caso preferiría dejarlos libres, si ningún otro castigo podría imponerles, antes que castigar los padecimientos de nuestros hermanos derramando la sangre de sus verdugos»⁵⁴. Para el autor es claro que «el imperativo moral debe prevalecer sobre el jurídico. O, si se prefiere, lo jurídico debe supeditarse a lo moral. En san Agustín esto es indiscutible lo mismo en el terreno de los principios generales como en su aplicación práctica. Tal es lo que ocurre en el caso concreto de la pena de muerte»⁵⁵. Poniéndose el santo en la situación del interlocutor en el más desesperado de los casos posibles y diciéndole lo que el haría le está dando la pauta correcta de conducta: así lo entiende Blázquez. Siguiendo con la misma carta dice el santo: «Teme,

⁵⁴ *Ibidem*, p. 165. Aquí el autor cita la *Epist. 134, 4* (PL 33, 512).

⁵⁵ *Ibidem*.

pues, conmigo el juicio de Dios Padre, y deja patente la mansedumbre de la madre Iglesia, ya que, cuando obras tú, obra ella, pues obras tú por ella y como hijo suyo».

Según Blázquez la declaración que hace san Agustín de que intercedería igual ante un juez no cristiano permite pensar que el problema de la pena capital trasciende la circunstancia concreta de paganía⁵⁶. El problema es que por el contexto lo que entiende el lector es algo diverso: que san Agustín se opondría a la pena de muerte aunque los que hubiesen sufrido los asesinatos no pertenecieran a la Iglesia. Quizá por ello el autor dice: «Pero dejemos esta discusión que nos llevaría muy lejos saliéndonos del marco trazado a nuestro estudio»⁵⁷. En cualquier caso los textos citados por el autor recogen casos de intercesión en que las víctimas de los criminales son católicos.

Antes de acabar el capítulo el autor recoge otro texto en el que se reflejan las ideas de san Agustín sobre el pecado –obra del hombre, que merece castigo- y el hombre –obra de Dios, que no debe ser destruida-; sobre cómo el juez debe darse cuenta de que también él es hombre, que comparte con el malhechor el origen. Concluye así el capítulo: «quiso dejar bien claro que el criminal, en cuanto hombre creado por Dios y redimido en Cristo, tiene su dignidad humana propia e inalienable a la que el juez tiene que respetar y que san Agustín esgrime como argumento decisivo para oponerse en nombre de la razón y de la dimensión cristiana de la vida a la pena de muerte»⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, p. 167.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 170.

d) Textos polémicos interpretativos agustinianos sobre la pena de muerte

Antes de pasar a comentar el último capítulo de *La pena de muerte según san Agustín* veo necesario señalar que en parte comparto con el autor la idea de que es difícil servirse de san Agustín, a tenor de los textos comentados, para defender la pena de muerte y pretender a la vez *seguir su espíritu*. Quiere decir: una vez visto el interés que san Agustín tiene de hecho en que no se aplique la pena de muerte, ¿hasta qué punto se puede decir que, porque no se planteó la ilegitimidad de la pena como tal, implícitamente admitía la posible moralidad de la misma? A mi modo de entender, Blázquez considera una defensa de la pena de muerte el pensar que en algún caso puede ser lícita. Por ello trata de suplir la inexistente argumentación de san Agustín en este punto (la ilegitimidad, como tal, de la pena de muerte), pero esta suplencia no es, a mi modo de ver, concluyente en el sentido deseado por el autor. En el fondo el núcleo de la argumentación es éste: 1) San Agustín se opuso sistemáticamente a la aplicación de la pena de muerte. 2) Que haga referencia a la misma sin deslegitimar el castigo como tal no autoriza a pensar que pensase que, como tal, era legítimo. 3) Por ello lo más lógico es pensar que san Agustín, aunque no se planteó la cuestión desde el punto de vista teórico, sería contrario en cualquier caso a la consideración de la pena de muerte como algo legítimo desde el punto de vista moral, de modo que cuando habla de la pena de muerte sin atacarla lo más que está haciendo es constatar la existencia *legal* en la sociedad de ese castigo.

Al mencionar la epístola 151 estamos en un caso en el que los condenados a muerte son inocentes. San Agustín tranquiliza a su interlocutor -Ceciliano- porque éste ha dado a entender en la correspondencia que no tuvo nada que ver con el asunto -aunque fuera otra la *vox populi*-, pero califica de impío y cruel al juez.

Blázquez a mi entender se muestra *hipersensibilizado*: San Agustín dice que Dios permite a veces a los malos quitar la vida presente aun a los buenos -aquí significa muerte de inocentes- para que no se crea que es un

mal padecer tales perjuicios. Nuestro autor discrepa de Hurtado de Mendoza diciendo que, según sus esquemas, esto sería un argumento para indicar que san Agustín consideraba legítima como tal la pena de muerte⁵⁹.

Aborda después una frase de san Agustín que implícitamente podría señalar, según él, una conformidad con la legitimidad de la pena de muerte en general: «Ha entristecido, pues, a la Iglesia de una manera atroz con gratuita crueldad, sin necesidad alguna, aunque quizá pudiese haber habido otras causas que yo sospecho y no es menester anotar por escrito». Le sirve para exponer que no indica lo que mencionamos al comienzo de este párrafo. En cualquier caso compartimos con el autor en este caso que «lo que san Agustín pone aquí de manifiesto es una incoherencia legal por parte del juez, que ni siquiera ha obrado ateniéndose a los cánones de la ley»⁶⁰.

Bajo el epígrafe *El «Ius gladii» o derecho a matar* se hacen una serie de consideraciones acerca del pensamiento agustiniano, partiendo de la epístola 153 a Macedonio. Intentará clarificar la *aparente* conformidad de san Agustín con la existencia de la pena capital que se reflejaría en el texto que él mismo cita: «Así pues, una sea la persona que acusa, otra la que defiende, otra la que intercede, otra la que juzga, oficios que sería largo y no necesario exponer aquí. Pero la censura divina pesa sobre los mismos que cumplen su cometido no llevados de la ira personal, sino como ministros de la ley; vengadores no de las injusticias propias, sino de las ajenas que antes examinan, como deben ser los jueces. Es para que piensen que necesitan de la misericordia de Dios por sus propios pecados y para que piensen que no obran contra su propio oficio cuando se portan misericordiosamente con aquellos sobre cuya vida y muerte tienen legítima potestad». En palabras de Blázquez en la segunda parte del pasaje apenas citado «se reconoce ciertamente la legitimidad del montaje judicial en sí mismo como agente justiciero de la criminalidad». Dirá a este respecto

⁵⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 180-181.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 184.

nuestro autor: «Lo que en realidad hace aquí Agustín es una *concesión a la legalidad*, o, más exactamente, al espíritu jurídico romano del *ius utendi et abutendi* del que la frase agustiniana es un eco sagaz, una forma de hablar según una mentalidad jurídica que san Agustín está habitualmente negando de otras muchas maneras, como hemos podido comprobar a lo largo de nuestra exposición»⁶¹.

Pasa después a citar y comentar las siguientes palabras de san Agustín: «Los judíos llevaron ante Cristo a una mujer sorprendida en adulterio. Le tentaron diciendo que, según la ley, debía ser apedreada (...). Él les respondió: *Quien de vosotros está libre de pecado, lance la piedra primera contra ella*. De ese modo no recusó la ley, que con justicia mandó matar a tales pecadoras; pero aterrándolos a ellos, los invitó a la misericordia hacia aquella a quien podían matar según justicia». Blázquez sostiene que aquí Agustín sigue la misma *política* de Cristo. Cristo habría negado aquella ley sin lugar a dudas, pero actuando como lo hizo evitaba caer en la trampa que le tendían sin justificar por ello el acto de adulterio⁶². Se trataría de un argumento *ad hominem*, que en el fondo implicaría la condena moral de la conducta que estaban dispuestos a seguir. A san Agustín el modo de actuar de Cristo le sirve para decir que él, como intercesor, actúa de modo semejante.

Tras preguntarse para qué sirve el *ius gladii* el autor trae otros textos *polémicos*: «No por eso se ha instituido en vano la potestad regia, el derecho de espada justiciera, la uña de hierro del sayón, el arma del soldado, la disciplina de la autoridad y aún la severidad del buen padre. Todo esto tiene sus modos, causas, razones y utilidades»⁶³. «Supongamos, escribe, que un hombre mata a otro. Es muy diferente que lo haga por un apetito de dañar o de robar injustamente, como lo hacen el enemigo y el salteador; o

⁶¹ *Ibidem*, p. 186.

⁶² Cfr. *ibidem*, p. 187. La cita de san Agustín está tomada de *Epist. 153, 4, 9* (PL 33, 657).

⁶³ *Ibidem*, p. 188. La cita de san Agustín está tomada de *Epist. 153, 6, 16* (PL 33, 660).

bien por una orden de castigo o de obediencia, como lo hacen el juez y el verdugo; o bien por una necesidad de librarse u oponerse, como el caminante que mata al salteador o el soldado que mata al enemigo. A veces más culpa tiene el que fue causa de la muerte que el que mata (...). No todo el que fue causa de una muerte ajena es reo»⁶⁴. Blázquez sostiene que *ius gladii* significa aquí para san Agustín no el derecho legal de matar sino el derecho a llevar un arma para intimidar y, ocasionalmente, defenderse del injusto agresor. Aunque nuestro autor no pretende conocer el significado preciso de *Ius gladii*, quizá sea algo diverso de lo que él propone⁶⁵. Para Blázquez «en este recuento casuístico la alusión al verdugo y al juez tiene un valor meramente *descriptivo*». Serían modos de decir *muerte indirecta*, no querida por el que involuntariamente la ejecuta, sea como defensa contra un agresor imprevisto o como forma de coacción militar, legal, etc. Lo ilustra seleccionando textos del comentario que hace en la epístola 153 el hiponense al texto de *Romanos 13*: «El apóstol Pablo infundió pavor a la iniquidad de los hombres, no sólo con el juicio futuro, sino también con vuestras actuales espadas, asegurando que también ellas entran en la

⁶⁴ *Ibidem*. La cita de san Agustín está tomada de *Epist. 153*, 6, 17 (PL 33, 661).

⁶⁵ Ugo Brasiello, en la voz *Sistema delle pene (Diritto romano)* del “Nuovo Digesto Italiano”, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1940, dentro de la represión extraordinaria –aquella que no tenía una pena “automática”, sino que quedaba a arbitrio del juez– comenta la *poena capitis (extra ordinem)*. La pena de muerte que en la represión ordinaria se sustituye por el exilio, sobrevive en la *coercitio* de los magistrados. Se aplica en Roma contra los esclavos; en las provincias contra cualquiera. Al extenderse la *cognitio extra ordinem* tuvo plena aplicación en Roma o por nuevas hipótesis delictivas o cuando las penas previstas por la ley parecían demasiado suaves. Esta pena tenía una terminología especial, llamándose no *capitalis* sino *capitis (extra ordinem)*; no se puede interpretar como exilio, «non produce conseguenze necessarie» (sic), se ejecuta con la decapitación (*gladius*); puede estar en gradación con otras penas y se inflige según el arbitrio del que juzga. El mismo Blázquez, hablando de la Epístola 204, dice: «También es interesante notar que en este texto la expresión *ius gladii* se toma como sinónimo de derecho a dictar pena de muerte. Esta ambigüedad del lenguaje de san Agustín hay que tenerla siempre presente»: *La pena de muerte según san Agustín*, p.196.

dispensación de la divina Providencia (...). Estas palabras del Apóstol muestran la utilidad de vuestra severidad (...). Pero nada se haga con intención de hacer daño (...) cruel o inhumanamente»⁶⁶. Concluye que esto expresa un no a las torturas y la pena de muerte. «El derecho de espada y a castigar no va más allá de la saludable intimidación y represión paterna impregnada de respeto hacia la persona y vida del presunto malhechor. Esto es lo que, según nuestra opinión, dan de sí los textos de este documento dentro de su propio contexto. Lo de la pena de muerte entra ya en el terreno peligroso de las suposiciones y de las ideas preconcebidas en la interpretación de los mismos»⁶⁷.

Otros textos *polémicos* son aquellos en los que san Agustín se refiere al ejemplo de Nabucodonosor. Este rey, tras observar la milagrosa salvación de los jóvenes que había él mismo condenado a la hoguera, promulgó una *ley piadosa y laudable, condenando a perecer con toda su casa a quien pronunciase blasfemia contra el Dios de Sídrac, Mísac y Abdénago*. Nuestro autor defiende que el contexto en el que se cita a Nabucodonosor tiene el mismo sentido *descriptivo y analógico* ya mencionado. Es decir: los emperadores que con sus leyes contribuyen a la salvación eterna de las almas hacen un gran bien –en ese sentido la ley es piadosa- pero no porque se condene a muerte. En apoyo de esto, en la misma epístola 185, san Agustín hablando de la herejía donatista –fuente de tantísimas violencias- dice: «Tolerarla parecía una crueldad superior a la de los herejes. Con todo, para guardar aun con los indignos la mansedumbre cristiana, no se castigaba con la pena capital, sino con multas pecuniarias y con el destierro de sus obispos y ministros». Recuerda el autor que la condena imperial contra los donatistas partía de la necesidad de reprimir la violencia que éstos ejercían, que la razón por la que se excluye la pena de muerte no es legal sino moral, y que no es una muestra de compasión, sino una razón la necesidad de salvaguardar la mansedumbre de la Iglesia. Por todo lo anterior, citar estos pasajes como apoyo agustiniano a la licitud de la pena de muerte sería un despropósito.

⁶⁶ *La pena de muerte en san Agustín*, pp. 188-189.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 189.

Lo más que se podría decir es que el santo reduce su prescripción legal a un mero recurso intimidativo⁶⁸. De hecho Blázquez dice que la mención a Nabucodonosor se entiende dentro de la lógica agustiniana que ve la capacidad de Dios de sacar bienes de los mayores males –aquí las condenas a muerte de Nabucodonosor-: «Vistas así las cosas, Nabucodonosor dio gloria a Dios como Stalin o Hitler contribuyeron a la conversión de ciertas personas y en este sentido fueron instrumentos de la providencia»⁶⁹.

Texto también *polémico* en la argumentación de Blázquez sería la Epístola 204. Seleccionamos parte de estos pasajes:

«Porque no hay ninguna ley que te haya otorgado contra ellos el derecho de espada, ni los decretos imperiales, cuyo ejecutor eres, te ordenan que los mates»⁷⁰.

«Quien sin autoridad alguna de legítima potestad mata a un hombre, es homicida»⁷¹.

En estos párrafos san Agustín estaría hablando en términos exclusivamente legales, no morales. «Una vez más san Agustín hace una concesión a la legalidad con sentido meramente pastoral y práctico sin pensar en cuestiones especulativas sobre la eticidad de la pena de muerte en sí»⁷².

En *Ser. 302, 18, 16* encuentra el autor otro texto *polémico*: «Hermanos os hablo con llaneza y libertad. No se ensañan contra los malos, sino los malos. Otra es la necesidad del poder. Mal que le pese, por su oficio el juez se ve muchas veces obligado a desenvainar la espada y herir sin quererlo. Por su parte evitaría una sentencia cruenta, pero tal vez lo exigía la

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 189-194.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 194.

⁷⁰ *Epist. 204, 3* (PL 33, 939-940).

⁷¹ *Epist. 204, 5* (PL 33, 940-941).

⁷² *La pena de muerte según san Agustín*, pp. 194-198.

disciplina pública. Su oficio, su profesión le pusieron en tal necesidad. Pero a ti, hermano, qué te toca sino rogar al señor y decirle: *Líbranos del mal*». «El término *necesidad*, por otra parte, se refiere a una situación subjetiva en que la voluntad no es libre», señala el autor; en san Agustín necesidad y libertad serían contrarios. San Agustín estaría, en la mente de Blázquez, más moviendo los corazones de los fieles –se trata de una homilía– que dando doctrina sobre el punto que venimos estudiando. «Más que nada lo que san Agustín intenta con estas palabras es tranquilizar la conciencia de aquellos agentes del orden, que envueltos en alguna refriega pública, han hecho uso del arma para defender incluso su propia persona»⁷³. Más estaría hablando de un caso de legítima defensa que de una condena a muerte. Aporta un criterio agustiniano «Nec timendo quidem, praesertim innocentem, homo hominem debet occidere»: ni en estado de temor debe el hombre matar a otro hombre, sobre todo si es inocente. Criterio que ilustraría las dos *excepciones* al quinto mandamiento que hace san Agustín en otro texto: cuando es Dios quien directamente sentencia o cuando es la ley en circunstancias tales que es imposible obrar de otro modo: en estos casos la carencia de libertad haría que no se pudiese imputar la muerte a la conciencia. «Pero, insistimos, éste no es el caso de la pena de muerte legal, que supone premeditación, libertad y voluntad expresa o directa de la muerte del reo»⁷⁴.

Otros textos *polémicos* surgen de las acusaciones de diversos herejes contra los católicos: acusaciones de perpetrar asesinatos y juicios inicuos. San Agustín responde atendiendo también al tono del contrincante, pero no se trataría propiamente de defensa de la pena de muerte sino de argumentación *ad hominem*: los cristianos no necesitan matar, pero Dios puede permitir que los emperadores apliquen leyes que pondrían en aprietos a los violentos herejes. «En la polémica contra Cresconio Agustín deja entender, como ya lo ha hecho repetidas veces, que su NO a la pena de muerte es el NO de la Iglesia misma. No es que haya en él dos

⁷³ *Ibidem*, p. 199.

⁷⁴ *Ibidem*.

convicciones, una derivada del espíritu de mansedumbre de la Iglesia como expresión del mandamiento nuevo, y otra personal suya subordinada al ministerio sacerdotal. Al contrario. El NO de la Iglesia confirma y hace más consistente su propia convicción negativa»⁷⁵.

Las últimas páginas del capítulo que venimos tratando se dedican a ilustrar cómo según el autor, en el pensamiento de san Agustín la venganza está implícita en la pena de muerte. Blázquez quiere evitar que se piense en un reconocimiento autorizado de la pena de muerte legal por parte de san Agustín. En el *De sermone Domini in monte* comenta el caso de Elías, que hizo morir a muchos hombres, en contraste con la petición que hacen al Señor Juan y Santiago de que les dé potestad de hacer bajar fuego del cielo para castigar a los que le negaban su hospitalidad: Jesús corrige a los apóstoles porque no buscaban con amor la corrección sino con odio la venganza. San Agustín enseña: «Por consiguiente, en este género de injurias o injusticias que se expían por la vindicta los cristianos observarán la siguiente regla: que el sentimiento de la injusticia no degenera en odio, sino que por compasión a la flaqueza humana el corazón esté dispuesto a sufrir otras muchas cosas. Y que no abandone la corrección que, según las circunstancias, con consejos, preceptos o autoridad pueda emplear»⁷⁶.

e) Conclusiones del autor sobre la pena de muerte en la doctrina agustiniana

Extraemos de la *Conclusión* con que el autor acaba el libro que venimos tratando, algunas frases e ideas a modo de resumen⁷⁷:

«Agustín nunca abordó el problema de la pena de muerte al estilo de un catedrático de Derecho Natural, de Derecho Penal o de Moral (...); no trató

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 198-203.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 205. La cita está tomada de *De sermone Domini in monte I*, 20, 64-66 (PL 34, 1262-1263).

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 207-210.

del problema en sí mismo o académicamente (...). El tema es abordado ocasionalmente, es decir, cuando en el ejercicio del ministerio episcopal se tropezaba con casos en los que la pena de muerte andaba de por medio contra alguien o algunos».

Existían en el campo civil desde antiguo leyes hostiles a la idolatría pagana y a la herejía. La Iglesia sufría las hostilidades –actos de terrorismo– de paganos y herejes.

Los textos de san Agustín sobre el tema de la pena de muerte se pueden clasificar en dos series: la primera engloba textos en estilo epistolar y deprecativo en los que se ejerce la potestad episcopal de intercesión para que no se aplique la pena de muerte a casos concretos. La segunda es más problemática en sentido contrario y aborda casos ya sucedidos. En ella se suele defender la conciencia presuntamente buena de los ejecutores.

En esta segunda serie de textos san Agustín se situaría en una perspectiva providencialista para ver en los acontecimientos pasados cómo Dios se puede servir del mal provocado por los hombres para extraer el bien. No estaría aprobando los hechos en sí: los estaría narrando sin hacer juicios de valor, procurando sacar alguna enseñanza espiritual⁷⁸.

Aunque al principio san Agustín proponía el diálogo con los donatistas para resolver con ellos las diferencias, se fue persuadiendo de la necesidad de la intervención estatal para reprimir sus violencias. En ningún caso habría apoyado la pena de muerte ni las torturas.

San Agustín no se planteó la pena de muerte en términos tales que se pueda emplear su doctrina para responder afirmativa o negativamente a la pregunta de si defendió o negó la legitimidad moral de la pena de muerte como castigo justo contra determinados delincuentes y bajo precisas cláusulas legalmente formuladas por la legítima autoridad. Los que pretenden utilizarlo para defender una hipótesis concreta en ese sentido

⁷⁸ Una exposición sintética de los motivos por los que esos textos no se pueden considerar como favorables a la pena de muerte se encuentra en *Pena de muerte*, p. 27.

desenfocan el problema. Muchos autores aportan citas fragmentarias y fuera de contexto.

San Agustín en la serie de textos deprecativos utiliza contra la pena de muerte razones *metafísicas* y *teológicas* con valor *apodíctico*, no sólo dialéctico y persuasivo, que reflejarían por tanto la convicción profunda del mismo san Agustín. Estas razones son: la mansedumbre de la Iglesia en contraposición a la causa del Estado, la distinción entre pecado (obra del hombre libre) y pecador (hombre, por tanto obra de Dios), la dimensión cristiana de la vida, en la que se incluye el perdón de los enemigos.

«(...) nos inclinamos modestamente a pensar que si a san Agustín se le plantease actualmente el terrible interrogante, diría NO a la pena de muerte bajo ningún concepto y SÍ a la represión severa, pero humana y razonable contra los vicios que, ahora como en su tiempo, corrompen lo más específico y propio de nuestra humanidad, tales como el desprecio institucionalizado de los valores sacros del cristianismo y de todos los hombres naturalmente honrados, el aborto legal, el divorcio como recambio de cónyuge, la eutanasia, el adulterio y todas las formas de profanación erótico-comercial del amor cristiano, que para él fue el lema de su vida y el bello testimonio de su muerte»⁷⁹.

3. Observaciones

Ya se hizo algún comentario al hilo de la exposición de la doctrina de los Padres anteriores a san Agustín.

Con respecto a este último se aprecia en el autor un fuerte interés por resolver la ambivalencia que en lo relativo a la pena de muerte tiene su *corpus* doctrinal: aunque reconoce que el Doctor de la Iglesia no se planteó la cuestión desde el punto de vista teórico procura mostrar que si lo hubiera hecho se habría decantado por el rechazo ético de tal castigo, si

⁷⁹ *La pena de muerte según san Agustín*, p. 210.

bien admite que intentar demostrarlo nos introduciría en una cuestión «bizantina».

Como es normal, con sus comentarios trata de llevar la lectura de los textos hacia su propia interpretación. Nos parece no obstante que, aun teniendo una lógica bastante coherente, no se resuelve la ambivalencia agustiniana. Esto no plantearía mayor problema si el autor no pretendiera demostrar que es ilícita en cualquier caso la pena de muerte⁸⁰.

Hablando de san Agustín comenta: «*De hecho negó expresamente la eticidad de la pena capital e indirectamente la negó también de derecho*. Las razones que invoca son esencialmente teológicas, basadas en la conducta de Cristo y en el espíritu del Sermón de la Montaña. Los argumentos de tipo filosófico le son completamente extraños y supone que la ley antigua o veterotestamentaria ha sido cancelada por Cristo»⁸¹.

Que le sean extraños los argumentos de tipo filosófico no puede ser sino una dificultad desde el punto de vista metodológico, ya que no cabría exportar su doctrina fuera del ámbito cristiano, ni dentro de éste sostenerse con solidez. De hecho, como ya se ha comentado anteriormente, él habla de razones *metafísicas y teológicas*. Entre ellas están la mansedumbre de la Iglesia. La Iglesia tiene la *obligación* de perdonar, podríamos decir simplificando. Como se ha visto en los textos de intercesión abordados por el autor, en este sentido van las cartas de san Agustín. Desgraciadamente no cita el autor textos en los que san Agustín interceda por culpables que no hayan atentado contra miembros de la Iglesia.

C. Magisterio

Empleamos aquí el término Magisterio en sentido amplio, ya que se pretende abarcar de un modo sintético las referencias que el autor hace a

⁸⁰ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 43.

⁸¹ *Pena de muerte*, p. 28.

diversas enseñanzas de obispos, concilios locales, papas y del *Catecismo de la Iglesia Católica*. En *sentido amplio* porque ni la fuente es siempre una colección que pretenda como tal exponer el magisterio –muchas veces es la *series latina* del Migne- ni el documento en cuestión forzosamente tiene un carácter doctrinal –como parece ser el caso del texto, citado más adelante, de los padres conciliares de Calcedonia-.

Según nuestro autor siempre hubo en el cristianismo una fuerte oposición a la pena de muerte. Habría sido lento el proceso de aceptación de la misma de modo que no encontramos una defensa clara de ésta hasta el siglo XII⁸².

La pena de muerte, heredada del imperio romano pagano, habría dado lugar a permanentes conflictos entre los juristas y la Iglesia, que siempre intercedía para que no se aplicara. En apoyo de esto trae el ejemplo del Papa san Gregorio Magno, que no quiso hacer uso de la fuerza contra los longobardos y declaró: «Porque temo a Dios, no me atrevo a sentirme responsable de la muerte de hombre alguno»⁸³.

1. El Magisterio particular

a) Concilios particulares de la Iglesia

Blázquez recoge la siguiente declaración de los padres conciliares del Concilio de Alejandría, al parecer obligados a responder a ciertas noticias que corrían: «No se ha matado a nadie. Ni por Atanasio, ni con motivo de Atanasio (...). La muerte y la prisión son ajenas a nuestra Iglesia. Ni Atanasio entregó jamás a nadie al verdugo ni en lo que de él dependió molestó a nadie con la cárcel. Nuestros sagrarios son y siempre fueron

⁸² Cfr. *Pena de muerte*, p. 28. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 69-70.

⁸³ *Pena de muerte*, pp. 28-29. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 70.

puros con el culto y la sola sangre de Cristo. Ni presbítero ni diácono alguno fue condenado a muerte o al exilio»⁸⁴.

En el Concilio IV de Toledo, canon XXXI se dispone que los sacerdotes sólo consentirán que los reyes los hagan jueces cuando se les prometa bajo juramento que el juicio será de indulgencia en el suplicio y no habrá sentencia capital. Se afirma que el sacerdote que no cumpla esto será reo ante Cristo de efusión de sangre y perderá su oficio. Los obispos acostumbraban a ejercer como intercesores no porque quisieran que el delito quedase impune, sino para que el delincuente pudiese purgar en esta vida con trabajos de penitencia⁸⁵.

En el Concilio XI de Toledo se declaró ilícito para «los que tratan los sacramentos del Señor» participar en juicios de sangre donde se dictase pena de muerte o la amputación de algún miembro al reo. Se prevé para quien no cumpla esto la privación del honor de su orden, la privación de su puesto y la prisión perpetua⁸⁶.

En el Concilio XII de Toledo se condena la pena de muerte contra las prácticas idolátricas. Sí se podría aplicar la pena de destierro en casos extremos⁸⁷.

b) Magisterio de obispos

El autor cita la enseñanza de varios obispos. Otton de Vercello en el siglo X decía que un buen cristiano no podía herir a quien le hiere, aunque fuese un ladrón armado. «Esta invitación a superar incluso el derecho a la legítima defensa hace resaltar más la incompatibilidad de la pena de

⁸⁴ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 58. Cfr. *Pena de muerte*, p. 18. La cita está tomada de Mansi, vol. 2 col. 1282-1283.

⁸⁵ Cfr. *Pena de muerte*, p. 30. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 71-72.

⁸⁶ Cfr. *Pena de muerte*, p. 30. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 71-72.

⁸⁷ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 72. *Pena de muerte*, pp. 30-31.

muerte como procedimiento punitivo legal con la antropología derivada del Evangelio»⁸⁸. El obispo Ivón de Chartres se preguntaba cómo podría la Iglesia aprobar la efusión de sangre, cuando Ella en el momento de nacer juzgó preferible derramar la propia⁸⁹. Aunque luego el autor citará a Vecilla diciendo: «Ivón, año 1040-1116, fue el primero en apuntar excepciones al precepto absoluto de no matarás»⁹⁰. Por otra parte «(...) el arzobispo Hildeberto de Tours decía que el cristiano, siguiendo los pasos de Cristo, debe abstenerse de entregar al reo a las torturas y a la muerte. Es a Cristo, no a Judas, a quien el cristiano tiene que imitar. Los profesionales de las estacas, de las piedras y de las espadas son homicidas ante Dios y Cristo no ha autorizado el que se les pague con la misma moneda»⁹¹. El obispo Burchado en su *Decretorum liber sextus. De homicidiis* señala que los cristianos nunca deben mancharse con la sangre de los malhechores. «La casuística del homicidio –dice Blázquez– se resuelve mediante severas sanciones penitenciales y el recurso a la excomunión. Nunca mediante el recurso a la pena de muerte»⁹². El obispo se pregunta qué hacer con los que, después de haber sido ministros del bautismo, habían practicado torturas o decretado pena capital. Nada había sido determinado por los antepasados, según el obispo. Los que habían actuado así pensaron de buena fe que Dios había delegado en ellos esa potestad para establecer el orden de la justicia. Lo único que supone esto, dice el autor, es que se estima que actuaron de buena fe, pero no una aprobación por parte de nadie a decretar la pena de muerte⁹³.

⁸⁸ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 75. Cfr. *Pena de muerte*, p. 33.

⁸⁹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 75. Cfr. *Pena de muerte*, p. 33.

⁹⁰ *Estado de Derecho y pena de muerte*, p. 76. Cfr. *Pena de muerte*, p. 34.

⁹¹ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 75. Cfr. *Pena de muerte*, p. 33.

⁹² *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 80.

⁹³ Cfr. *ibidem*.

c) El «movimiento abolicionista episcopal»

«Existe un movimiento episcopal abolicionista, surgido a raíz del concilio Vaticano II, con características netamente pastorales y prácticas». Como tendremos ocasión de ver, para nuestro autor existe una grandísima diferencia entre ser meramente «abolicionista» y estar en contra de la pena de muerte como lo está él, es decir: negando la posibilidad de que sea justificable en absoluto la pena de muerte.

Dentro de este movimiento abolicionista episcopal trata en primer lugar el caso de la Conferencia episcopal canadiense, que en 1973 pidió al parlamento canadiense que la suspensión que se había dado a la pena de muerte por cinco años se prolongase. Los obispos advertían de un uso abusivo de los textos bíblicos, especialmente del Antiguo Testamento, para justificar la pena capital. En el Nuevo Testamento, a cuya luz hay que leer el Antiguo, Cristo condena la actitud de responder a una injuria con otra injuria. El hecho de que la pena de muerte se haya aplicado en el pasado no es una prueba de su legitimidad. Quien piense que debe reestablecerse es el primero que debe revisar sus argumentos a favor de ella. Los obispos canadienses no la ven eficaz ni necesaria en la sociedad moderna. La pena de muerte no parece a los obispos compatible con el espíritu del Evangelio, aunque reconocen la posibilidad de la buena fe por parte de algunos partidarios de la pena capital. El documento no aborda el tema desde el punto de vista histórico ni estudia los principios doctrinales: es un documento pastoral, no es un documento científico⁹⁴.

Recoge como otro *lugar* de este *movimiento abolicionista episcopal* una homilía del obispo auxiliar de Madrid, Mons. Iniesta, en 1975. Éste reconocía que: «Partiendo de la moral cristiana no se puede negar con evidencia que un Estado tiene el derecho de reprimir ciertos delitos con la amenaza legal de la pena de muerte, en razón del bien común». Pero se oponía a la pena de muerte: «No obstante, una gran parte de la sociedad, cada vez más numerosa, y entre la que me incluyo yo mismo, piensa que la

⁹⁴ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 151-152.

pena de muerte debe ser eliminada de los códigos modernos, sin que por esto tratemos hacer juicio alguno sobre lo que ha sucedido en siglos anteriores y en otras circunstancias (...). Yo deploro con Pablo VI la reciente ejecución de cinco condenados»⁹⁵. También cita un artículo de Mons. Iniesta. El obispo dice que el mandato de perdonar a los enemigos es ley fundamental cristiana tanto individual como colectiva, de manera que es difícil mantener la presunta legitimidad ética de la pena de muerte. En el artículo sostiene que ésta es inútil, inmoral, innecesaria, pesimista, injusta y anticristiana. «La pena de muerte es un acto de venganza legal y tan desejemplar por parte de la autoridad constituida como perverso o desequilibrado el ajusticiado»⁹⁶. Blázquez otorga más valor testimonial que científico a dicho artículo.

En tercer lugar trata el autor un documento de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos de América, elaborado en 1976 por la *Comisión Justicia y Paz*. En él se menciona la tradición cristiana y la Constitución americana. Entre otras ideas, Blázquez recoge las siguientes: La Iglesia reconoció durante siglos a los estados el derecho a aplicar la pena de muerte. Tanto los argumentos a favor como en contra de la pena capital tienen elementos válidos: ni es contraria a la ley divina ni viene exigida por ésta. La cuestión dependería de las circunstancias, de la gravedad del crimen y de otras consideraciones. El que esté presente en el Antiguo Testamento no la justifica hoy. No la prescribe ni el Nuevo Testamento ni la Iglesia. Los concilios de Toledo y IV de Letrán al impedir a los clérigos la participación en juicios que pudieran conllevar sentencia capital, supondrían una aceptación indirecta de la pena de muerte como tal. Cuando los valdenses condenaron la pena de muerte, su postura fue condenada por la Iglesia. No hay hasta Pío XII más referencias a la pena de muerte y éste no abordó directamente la cuestión, sino que habló de dos tipos de penas (medicinales y vindicativas), señalando que el aspecto

⁹⁵ *Pena de muerte*, pp. 152-153.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 138. Nos remite a: INIESTA, A., *La pena de muerte. Legislación y práctica en España*, Concilium 140 (1978), pp. 667-674.

medicinal es el más importante. Al evitar la ejecución del reo se afirma el señorío de Dios sobre toda vida humana. Con la pena de muerte no se lograría el objetivo medicinal, porque se niega la posibilidad de que el criminal se rehabilite. Subrayar demasiado el aspecto vindicativo se conciliaría mal con el Nuevo Testamento. Estudios recientes demostrarían que no tendría efectos *ejemplares* sobre la delincuencia. A juzgar por los valores éticos en juego y la falta de argumentos decisivos para mantenerla se considera oportuno solicitar la abolición de este castigo. Esto afirma el valor sagrado e intangible de toda vida humana en coherencia con las decisiones tomadas solemnemente contra el aborto y la eutanasia⁹⁷.

Posteriormente, en 1980, los obispos americanos insistieron en la necesidad de adecuar más el código penal a la conducta y ejemplo de Cristo, lo que implicaría acabar con la pena de muerte. Aunque el documento admite que la doctrina católica reconoce al Estado bajo determinadas circunstancias el derecho de aplicar la pena de muerte contra algunos delitos gravísimos, menciona y critica los argumentos tradicionales a favor de la pena de muerte (retribución, disuasión y rehabilitación). Concluye que no hay proporción entre el fin que se persigue y el medio empleado (la pena de muerte). La abolición de la pena de muerte supondría la afirmación de grandes valores cristianos, mostrando que se puede vivir la justicia sin violencia. La inteligencia y la piedad humana deben sustituir a la fuerza y al instinto de venganza. Abolir la pena de muerte muestra la creencia en el valor y dignidad de cada persona desde el momento de su concepción y manifiesta el señorío de Dios sobre la vida. No se quiere igualar la situación de los culpables a los que se aplicaría la pena de muerte con la condición de los inocentes, sean concebidos no nacidos o ancianos y enfermos sin defensa, «Pero creemos bello y bueno que la defensa de la vida se refuerce en la medida que se elimina un ejercicio judicial autorizado a tomar la vida humana». Se recogen consideraciones respecto de los primeros cristianos y la pena de muerte, semejantes a las que luego veremos en el documento de los obispos

⁹⁷ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 153-155.

franceses de 1977. Se afirma que la pena de muerte elimina la posibilidad de rehabilitación del ajusticiado y no permite reparar de modo positivo los males causados. Se advierte de la posibilidad de error en el dictamen, y sobre la circunstancia de que la mayoría de ejecutados en Estados Unidos son o pobres o negros. Admiten que la postura de los que piensan que debe permanecer la pena de muerte no es incompatible con la tradición católica, pero afirman que la pena capital se armoniza mal con los valores evangélicos, sobre todo con el principio del perdón al enemigo⁹⁸.

En 1977 también el episcopado francés abordó la cuestión, ofreciendo elementos de reflexión sobre el tema. Habiendo sido un modo de castigo aplicado durante siglos costaba hacer entender que esto no era prueba de su licitud, sobre todo en momentos de violencia. El Consejo Permanente de la Conferencia episcopal francesa pidió a la Comisión Social la elaboración del documento, desde la perspectiva de la fe cristiana. En opinión de nuestro autor se trata «de un documento bastante serio y de inspiración netamente cristiana». Ideas recogidas por Blázquez del documento serían: Los obispos consideran difícil separar la pena de muerte del instinto natural de venganza. La sociedad debe defenderse del terrorismo y de toda forma de violencia, pero si el Estado decreta penas de muerte ofrece un pésimo ejemplo de violencia. Decretar muertes premeditadas legalmente no permite hablar de legítima defensa contra el injusto agresor, ya que «esa circunstancia ya no existe cuando el reo ha sido reducido e inutilizado para seguir cometiendo más crímenes». El Estado no está dispensado de buscar la posible rehabilitación del delincuente: matándolo se obvia esa obligación, que implicaría, entre otras cosas, el perfeccionamiento constante de los sistemas penitenciarios. La experiencia enseña que existen casos de juicios en los que, por error, se ha mandado a muerte a un inocente. La tipificación de delitos merecedores de este castigo sería variable de unos países a otros. «Quienes en unos países son considerados como criminales, en otros, sobre todo por razones políticas, son ensalzados como héroes». Tampoco surtiría efecto disuasorio en opinión de muchos penalistas. En la tradición judeo-

⁹⁸ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 160-162.

cristiana el término pagano *expiación*, se transforma en contenido y se aplica en relación al pecado, sin implicar para nada la supresión legal del pecador: está en relación con la conversión, con el retorno a Dios tras reconocer el pecado. Tampoco el término *compensación* tendría mucho sentido aquí porque señala una concepción *cuantitativa* de las cosas. La ejecución del delincuente no compensaría para nada a la víctima, si acaso se satisfaría el instinto de venganza. Pero la muerte del reo puede producir inmensos males a la propia familia del reo. Así se multiplicaría la cadena de perjudicados. La pena de muerte sería signo de una civilización poco humana y subdesarrollada. No cabría hablar de penas medicinales si se admite la pena capital. «Por lo demás, el derecho de toda persona humana a su vida es absoluto y la pena de muerte constituye una violación radical de ese derecho fundamental». La Iglesia siempre ha profesado un respeto sagrado a la vida del hombre a la vez que ha reconocido como confiada por Dios a la legítima autoridad civil la tarea de salvaguardar el orden social. Se llegó incluso a aceptar la pena de muerte, que parecería estar justificada por el texto de *Rom 13, 4*. Pero esto ha generado tensiones y problemas. Ya los primeros cristianos se habrían opuesto a la pena de muerte y no sólo cuando se aplicaba a ellos, «también tenían serias razones de orden ético, inspiradas en la antropología cristiana». Se oponían a las sentencias capitales, se negaban a alistarse en el ejército y a participar en procesos judiciales que pudieran acabar decretando una sentencia de muerte. Tras la caída del imperio romano la Iglesia participó activamente en la educación política de los bárbaros. Poder religioso y político debían ayudar a la realización de los destinos del hombre. Correspondía al poder secular asegurar el orden social. Cuando los valdenses declaran que el príncipe que condena a muerte a un hombre comete pecado mortal Inocencio III condena esa afirmación. Santo Tomás aportó después los principales argumentos que se alegarían en defensa de la legitimidad de la pena de muerte por parte de las autoridades civiles, pero no por parte de la Iglesia ni de los eclesiásticos. En esta época nació la Inquisición, de inspiración a la vez política y religiosa. Cuando posteriormente, en el siglo XVIII, surge una reacción contra la pena de muerte, la Iglesia desconfió del trasfondo

ideológico de los que la cuestionaban. Ahora intentaría librarse del fardo histórico de ese apoyo a la pena capital, «en nombre de la fe cristiana en su pureza original, del valor absoluto de cada vida humana en particular y de los derechos fundamentales del hombre en general», aprovechando la nueva sensibilidad de las generaciones actuales. Menciona la abolición de la ley del tali3n por Cristo, as3 como su ense1anza del mandato del amor extensivo a los enemigos, realizado de modo ejemplar en su intercesi3n por los que le mataron, y menciona otros pasajes del Nuevo Testamento. Los obispos franceses concluyen que su rechazo de la pena de muerte est3 en armon3a con el progreso que se ha realizado 3ltimamente. Este rechazo deber3a entenderse en el mismo contexto de las condenas expl3citas de la Iglesia contra la guerra, las torturas y el aborto⁹⁹.

El autor dedica algunas p3ginas a las declaraciones de otras *comisiones Justicia y Paz* y a dos art3culos de Gino Concetti publicados en *l'Osservatore Romano*. No las incluimos aqu3 porque la argumentaci3n coincide sensiblemente con lo ya comentado en este punto: ley del tali3n, la persona arrestada est3 inutilizada para cometer m3s cr3menes, valor incomparable de toda vida humana ante Dios, etc.¹⁰⁰.

2. Magisterio de concilios de la Iglesia universal y de Romanos Pont3fices

a) Magisterio de Concilios

El autor afirma que en el Concilio IV de Letr3n ya se percibe la pr3ctica de la teor3a del «brazo secular» por parte de los poderes civiles. «El Concilio habla de la entrega de los herejes contumaces a los poderes seculares para que los herejes fueran eventualmente castigados con la “animadvertione debita”, que no significa necesariamente la pena de

⁹⁹ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 155-160.

¹⁰⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 143-150.

muerte, si bien los poderes civiles debieron entender que no había dificultad mayor por su parte en aplicar tan grave castigo. En todo caso el Concilio advierte y previene a los hombres de Iglesia bajo severas penas para que se mantengan al margen de esas tremendas decisiones, incompatibles con el ministerio sacerdotal de acuerdo con la tradición secular de la Iglesia»¹⁰¹.

b) Magisterio de pontífices

El Papa Zacarías echaba en cara a los obispos galos el haber combatido, como si no hubiese diferencia entre los laicos y los sacerdotes, a los cuales no les es lícito luchar. «Es intolerable, decía el Papa, que los sacerdotes se vean implicados en asuntos en los que anda de por medio el riesgo de entregar algún hombre a la muerte, ya sea éste honesto o criminal. Tal es el sentido de los sagrados cánones de la Iglesia»¹⁰².

El Papa Nicolás I, echaba en cara al rey Kan Boris de Bulgaria, recién convertido al cristianismo, la violencia con que había suprimido la rebelión de algunos nobles paganos. Le dice que obró muy mal porque no quiso salvar la vida de los vencidos y que quien no hace misericordia será juzgado sin misericordia. El Papa le invita a cambiar la anterior actitud, pronta a derramar sangre, por un reclamar para todos la vida, tanto del cuerpo como del alma. También condena la tortura a la que se somete a los reos para que confiesen su delito¹⁰³.

Inocencio III tiene un texto conocido sobre la pena de muerte. El autor lo cita así: «Respecto del poder secular afirmamos que puede éste ejecutar

¹⁰¹ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 78. Cfr. *Pena de muerte*, pp. 35-36.

¹⁰² *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 73. Cfr. *Pena de muerte*, p. 31. El autor llama a una nota al final del párrafo que sólo tiene relación con la primera parte del mismo: en la que se señala, con protesta, que a los sacerdotes y obispos no les es lícito entrar en combate.

¹⁰³ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 74. *Pena de muerte*, pp. 32-33.

el juicio de sangre (la pena de muerte) sin cometer pecado mortal, a condición de que se dicte la sentencia no por odio o incautamente, sino mediante juicio y con sabiduría»¹⁰⁴. Esta fórmula, en respuesta a los valdenses, es interpretada por Blázquez de modo que la considera más una condena implícita de la pena capital que una aprobación moral de la misma. Se trataría de algo para casos aislados y extremos por su gravedad, que no descendería a la pena de muerte en sentido objetivo. «El que teóricamente se pueda decir que la suprema autoridad civil podría en algún caso decretar pena de muerte *sin cometer pecado mortal* significa que siempre será un acto éticamente defectuoso en sí mismo a nivel de conciencia, habida cuenta de la posible buena fe de dicha autoridad, acosada por las circunstancias»¹⁰⁵. Poco más adelante afirma el autor: «El mismo Inocencio III ordenó en 1209 la intercesión eficaz por parte de la Iglesia para que la sentencia de pena capital no se llevara nunca a efecto. Ordenación que pasó al Derecho común y que debía ser observada por todo juez eclesiástico que entregaba a un reo convicto al brazo secular»¹⁰⁶.

El autor comenta que ante la actitud de Federico II, que se arrogó la potestad de castigar a los herejes, al Papa Honorio III no le quedó otra alternativa que lavarse las manos, y que lo mismo hicieron sus sucesores¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 77. Cfr. *Pena de muerte*, p.35. En nota al pie, el autor recoge el texto en latín y nos remite a *Denz.*, 425. (n. 795, en la versión actual). Recogemos a continuación el texto de las versión española. «De la potestad secular afirmamos que sin pecado mortal puede ejercer juicio de sangre, con tal que para inferir la vindicta no se proceda con odio, sino por juicio, no incautamente, sino con consejo»: DENZINGER, H., HÜNERMANN, P., *El Magisterio de la Iglesia. Enchiridion Symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, versión española de la 38ª edición alemana, Herder, Friburgo de Brisgovia-Barcelona 1999, n. 795.

¹⁰⁵ *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 77-78. Cfr. *Pena de muerte*, p. 35.

¹⁰⁶ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 78. Cfr. *Pena de muerte*, p. 36.

¹⁰⁷ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 78. *Pena de muerte*, p. 36.

«Pío XII –escribía en 1994 nuestro autor- es el Papa moderno que más se ha acercado al tema de la pena de muerte»¹⁰⁸. En 1944 el Papa había hablado de la intangibilidad de la vida humana desde su concepción. Cita Blázquez: «Hasta que un hombre se hace culpable, su vida es intangible, y, por consiguiente, es ilícito todo acto que tiende directamente a destruirla, ya se entienda tal destrucción como fin o solamente como medio para un fin, y se trate de vida embrional o en su pleno desarrollo o llegada finalmente al término. *De la vida de un hombre, que no es reo con la pena de muerte, solamente es dueño Dios*»¹⁰⁹. Aunque el contexto en el que habla el Papa no sea el de la pena de muerte, nuestro autor admite que la frase autoriza a pensar que por aquella época Pío XII no descartaba la presunta legitimidad ética de la pena de muerte. También cita otras palabras del Papa pronunciadas en 1952: «Aún en el caso de que se trate de la ejecución de un condenado a muerte, el Estado no dispone del derecho del individuo a la vida. Entonces está reservado al Poder Público privar al condenado del bien de la vida, en expiación de su falta, después que, por su crimen, él se ha desposeído de su derecho a la vida»¹¹⁰. Para Blázquez en esta ocasión Pío XII se mantendría en el terreno puramente filosófico y polémico, sin mencionar Sagrada Escritura ni Magisterio para nada. Expresó su opinión personal privada por lo que no podría considerarse como una razón con valor de magisterio eclesial¹¹¹. Como para reforzar esta tesis nuestro autor resalta que el Pontífice en escritos posteriores no vuelve a emplear esa afirmación. Con ocasión del VI Congreso de Derecho Penal Internacional el

¹⁰⁸ *Pena de muerte*, p. 125.

¹⁰⁹ Pío XII, *Alla Unione Medico-Biologica «San Luca». I fondamenti e le norme della morale cristiana per l'esercizio della missione sanitaria*. 12-XI-1944, en *Discorsi e radiomessaggi di Sua Santità Pio XII*, VI, Sesto anno di pontificato, 2 marzo 1944 - 1 marzo 1945, Tipografia Poliglotta Vaticana, p. 191.

¹¹⁰ Pío XII, *Allocutio Iis qui interfuerunt Conventui primo internationali de Histopathologia Systematis nervorum, Romae habito*, 13-IX-1952, AAS 44 (1952), p. 787.

¹¹¹ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 126-127.

Papa hablaba de ocasiones en las que el sentido de justicia se rebela porque se aplica la pena de muerte a delitos que no la merecen. Por ello hacía considerar que tanto las penas como su adaptación a los casos particulares deberían responder a la gravedad de los delitos¹¹². También hizo ver el Papa que aunque el sentido expiatorio de las penas se podía abordar desde diversas perspectivas filosóficas, en cualquier caso debía respetarse la naturaleza del hombre y la esencia de la falta. Aunque debe garantizarse la protección de la sociedad contra los delitos el objetivo final de la pena habría que situarlo en un nivel superior. En esta ocasión no menciona la pena de muerte: aunque al citar *Rom* 13, 4 afirme que la pena tiene un sentido medicinal y vindicativo, advierte del peligro de dejarse arrastrar por el criterio de efectividad inmediata de las penas. En opinión de nuestro autor «Esta observación final parece apuntar hacia una exclusión de la interpretación del texto paulino como favorable a la pena capital». Otro discurso de 1954¹¹³, dirigido a los juristas italianos, es en palabras de Blázquez «un canto a la rehabilitación humana y social de los delincuentes». El Papa recuerda que el carácter medicinal de las penas no excluye el vindicativo. Recoge nuestro autor un largo párrafo del Papa: «Hasta cierto punto puede ser verdad que la pena de cárcel o de la reclusión, debidamente aplicada, es la más apta para procurar la vuelta del culpable al recto orden y a la vida común. Pero de esto no se sigue que sea la sola, buena y justa (...). La pena vindicativa, no generalmente, pero sí por muchos, es rechazada no ya sólo como exclusiva, sino también cuando se la usa junto con la pena medicinal. Nos afirmamos que no sería justo rechazar en principio y totalmente la función de la pena vindicativa. Mientras el hombre vive sobre la tierra, ésa puede y debe servir a su definitiva salvación, siempre que él mismo no ponga por otra parte obstáculo a la

¹¹² Cfr. Pio XII, *Nuntii radiophonici. Iis qui interfuerunt VI^a Conventui internationali de Jure poenali*, 8-X-1953, AAS 45 (1953), pp. 730-744.

¹¹³ Cfr. Pío XII, *Nuntii radiophonici, Iis qui interfuerunt VI^a Conventui nationali Sodalim Consociationis ex iuris peritis catholicis Italiane, agens in prima parte de via quae ducit hominem ad reatum culpae et penae, in altera vero de statu culpae et penae*, 5-XII-1954, AAS 47 (1955), pp. 60-71.

eficacia saludable de tal pena. Tal eficacia no se opone efectivamente de modo alguno a la función de equilibrio y de reintegración del orden turbado, que hemos indicado ya como esencial a la pena». En otra ocasión¹¹⁴, hablando de las penas vindicativas, dice que invitan al reo a reflexionar sobre su culpa y sobre el desorden de su conducta, invitándole a convertirse. Esto excluiría la pena de muerte. El autor piensa que Pío XII, influido por santo Tomás, pensó por un tiempo en la licitud de la pena de muerte. «Posteriormente se observa un silenciamiento sistemático de la cuestión evitando hablar de ese tema». Cuando habló del asunto evitaría emplear el tono magisterial para no implicar en sus opiniones personales el Magisterio de la Iglesia¹¹⁵.

De modo semejante el hecho de que ni Juan XXIII ni Pablo VI hayan escrito sobre la pena de muerte, así como la intercesión de Pablo VI, antes de ser elegido Papa, para que no se aplicase la pena de muerte a algunos reos y su perdón a su agresor en Filipinas, y el perdón de Juan Pablo II a Agcá son en el orden práctico, según el autor, argumentos contra la pena de muerte¹¹⁶.

3. Magisterio Universal reciente

En este epígrafe estudiaremos las obras del autor relativas a la versión inicial del *Catecismo de la Iglesia Católica* (1992) y a la Carta Encíclica *Evangelium vitae*. De la *Gaudium et Spes* dirá que aunque no emplee la expresión «pena de muerte», ésta está comprendida en la condena conciliar

¹¹⁴ Cfr. Pío XII, *Nuntii radiophonici, Iis qui interfuerunt VI^a Conventui nationali Sodalim Consociationis ex iuris peritis catholicis Italiane, agens in tertia et ultima parte de liberatione a statu culpae et penae*, 5-II-1955, AAS 47 (1955), pp. 72-85.

¹¹⁵ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 128-129.

¹¹⁶ Cfr. *Pena de muerte*, p. 129.

de toda forma de atentado contra la vida humana, «como se deduce de la redacción del texto y del contexto»¹¹⁷.

a) El *Catecismo*. Redacción inicial

En 1992 fue publicado con su redacción inicial el *Catecismo de la Iglesia Católica*. A sus puntos sobre la pena de muerte nuestro autor reaccionó con la publicación de un artículo¹¹⁸, que en su mayor parte viene literalmente recogido en la monografía posterior *Pena de muerte*, que venimos tratando. El tono del artículo es fuertemente polémico con respecto de los puntos 2266 y 2267, si bien elogia en general al *Catecismo*.

Tras exponer su visión de la acogida en prensa de esta publicación, así como algunas observaciones de lo más variado que van desde la conveniencia de su publicación a la dificultad de su lenguaje, pasando por la consideración sobre el diverso grado de adhesión que exigen las doctrinas en él expuestas, entra en lo que llama *la piedra de escándalo*¹¹⁹.

¹¹⁷ *Pena de muerte*, p. 130.

¹¹⁸ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *El Catecismo y la pena de muerte*, en "Studium" 33 (1993), pp. 205-235. En adelante nos referiremos a este artículo como *El Catecismo y la pena de muerte*.

¹¹⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 205-209. Consideramos útil para el lector incluir la redacción de los puntos 2266 y 2267 de la primera versión del *Catecismo de la Iglesia Católica* en lengua castellana (1993). N. 2266: «La preservación del bien común de la sociedad exige colocar al agresor en estado de no poder causar perjuicio. Por este motivo la enseñanza tradicional de la Iglesia ha reconocido el justo fundamento del derecho y deber de la legítima autoridad pública para aplicar penas proporcionadas a la gravedad del delito, sin excluir, en casos de extrema gravedad, el recurso a la pena de muerte. Por motivos análogos quienes poseen la autoridad tienen el derecho de rechazar por medio de las armas a los agresores de la sociedad que tienen a su cargo. «Las *penas* tienen como primer efecto el de compensar el desorden introducido por la falta. Cuando la pena es aceptada voluntariamente por el culpable, tiene un valor de expiación. La pena tiene como efecto, además, preservar el orden público y la seguridad de las personas. Finalmente, tiene también un valor medicinal, puesto que debe, en la

Con este epíteto califica la inclusión de la pena de muerte en el *Catecismo*, que podría ser en éste, según sus expresiones, como un cáncer benigno con potencialidad real de metástasis. Algunas ideas expuestas al hilo del *diálogo* del Cardenal Ratzinger con la prensa, con motivo de la presentación del *Catecismo*, y repetidas a lo largo del artículo son: la Iglesia expone en el *Catecismo* la tradición de la Iglesia, que ha reconocido a la autoridad civil el poder de establecer penas proporcionadas a los delitos, sin excluir, en casos de extrema gravedad, la pena de muerte. Si los medios incruentos son suficientes la autoridad se limitará a esos medios. El *Catecismo* tiene que recoger la enseñanza de dos mil años de cristianismo. La pena de muerte es una cuestión que no está cerrada, y en la que se evoluciona hacia su supresión. Se señala una línea de evolución muy restrictiva por lo que la pena sólo se justificaría en casos de extrema gravedad¹²⁰.

Atendiendo a la exposición de Ratzinger la misma secuencia de párrafos señalaría una línea cada vez más restrictiva en la posible justificación de la pena¹²¹.

Posteriormente nuestro autor recoge algunos testimonios y aclaraciones de personalidades de la Iglesia, así como comentarios aparecidos en algunas revistas religiosas que ilustrarían de un modo u otro la recepción de los puntos del *Catecismo* referidos a la pena capital¹²².

medida de lo posible, contribuir a la enmienda del culpable (cf Lc 23, 40-43)». N. 2267: «Si los medios incruentos bastan para defender las vidas humanas contra el agresor y para proteger de él el orden público y la seguridad de las personas, en tal caso la autoridad se limitará a emplear sólo esos medios, porque ellos corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana».

¹²⁰ Cfr. *El Catecismo y la pena de muerte*, pp. 210-211, 218 y 231-233, si bien en estas últimas páginas en un tono polémico sobre qué se entiende por tradición de la Iglesia o en la Iglesia.

¹²¹ Cfr. *ibidem*, p. 211.

¹²² Cfr. *ibidem*, pp. 212-215.

Para no extendernos mucho procuraremos ceñirnos a lo que parece ser la opinión propia de Blázquez, y que expone tras recoger los puntos 2266 y 2267 señalando con mayúsculas lo que se propone comentar más extensamente¹²³. En su opinión hay defectos importantes, que aquí nos permitimos reducir a: 1) la posición de los puntos citados dentro de la *legítima defensa*, «lo cual es absolutamente inaceptable»¹²⁴ y no dentro del *homicidio (directo y) voluntario*. Considerar dentro de la legítima defensa la pena de muerte constituye para él una falacia jurídica, que muestra que la Comisión de Redacción del *Catecismo* se ha dejado llevar por «los tópicos comunes de la praxis penalista corriente y vulgar», ya que en el caso del delincuente que está siendo juzgado «se trata de una persona, cuyo crimen pertenece ya al pasado y se encuentra reducida e inutilizada para repetir el crimen»¹²⁵. Como la pena de muerte sigue a una deliberación es un homicidio directo y voluntario. 2) Rechaza como préstamo ilegítimo de la *Donum vitae*, el punto nº 2258 del *Catecismo*. «Ya desde el principio, y sin prueba ninguna, se introduce una distinción racional entre vida inocente y culpable para dar cabida posteriormente a la pena de muerte. Es todo un artificio mental para dar por supuesto lo que hay que demostrar»¹²⁶. 3) Se utiliza la Biblia de modo incompleto y defectuoso, reduciéndose el quinto mandamiento a los parámetros veterotestamentarios, sin incluir de modo fecundo las rectificaciones que hizo Cristo y que aparecen en los evangelios de Mateo y Lucas. 4) La expresión «enseñanza tradicional de la Iglesia» es confusa y no se debe confundir la enseñanza de los Apóstoles, con tradiciones jurídicas romanas y medievales. Según nuestro autor, en este

¹²³ Se trata de las expresiones «La enseñanza tradicional de la Iglesia» y «sin excluir, en caso de extrema gravedad el recurso a la pena de muerte», del punto nº 2266 y «porque ellos corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana», del punto nº 2267.

¹²⁴ *El Catecismo y la pena de muerte*, p. 219.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 220.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 219.

punto Santo Tomás de Aquino se equivocó y él lo ha demostrado¹²⁷. 5) La pena de muerte puede satisfacer el *instinto de venganza*, pero no se la puede considerar expiatoria porque no tiene nada que ver con lo que se entiende por este término desde el punto de vista ascético. No puede considerarse una pena medicinal porque supone la muerte. 6) Apelar al bien común de la sociedad para justificar la pena de muerte supone hacer de la sociedad el fin último del hombre: una concepción estatolátrica, como dirá más adelante¹²⁸.

Pasa el autor a mostrar lo que él ve como incoherencia de los puntos 2266 y 2267 con otros del *Catecismo*. Así el n° 2286 habla del escándalo, pero la pena de muerte es un escándalo incluso para el que la ejecuta. El n° 25 recoge la cita «por encima de todo, la caridad», pero esto es difícil de compatibilizar con la pena de muerte. «Resulta inevitable que durante ese proceso condenatorio los sentimientos cristianos sean puestos entre paréntesis y desactivados»¹²⁹.

Comentando del punto 1737 la frase «Para que el efecto malo sea imputable, es preciso que sea previsible y que el que actúa tenga la posibilidad de evitarlo» se pregunta si la aplicación de la pena de muerte no es un acto malo en sí mismo, *per se*. No llega a responder pero dice que se trata de un acto previsible y programado. «Si se aplica coherentemente el principio de la correlación libertad-responsabilidad, cabría preguntarnos qué es peor, el delito cometido en el pasado por el presunto malhechor o la pena de muerte con la que es castigado en el presente»¹³⁰. Y emplea contra la pena capital la consideración de que una intención buena (la de hacer justicia) no haría bueno un comportamiento en sí mismo desordenado. Da a entender que a la pena de muerte se le puede aplicar lo que a la blasfemia, el perjurio, el homicidio y el adulterio aplica el punto 1756: «Hay actos que,

¹²⁷ Trataremos este punto en el capítulo siguiente.

¹²⁸ Cfr. *El Catecismo y la pena de muerte*, p. 225.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 222-223.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 223.

por sí y en sí mismos, independientemente de las circunstancias y de las intenciones, son siempre gravemente ilícitos por razón de su objeto (...)»¹³¹.

Otros puntos con los que entraría en conflicto la pena de muerte son los relativos al mandamiento nuevo del amor cristiano (1822-1829) y a los frutos del Espíritu Santo: caridad, paciencia, mansedumbre (1832).

Mencionando el punto 1887 Blázquez da a entender que la pena de muerte supone la utilización «de las personas como medio para alcanzar un fin matándolas legalmente bajo el pretexto de defender a la sociedad y el bien común»¹³². A partir del nº 1902 hace lo propio: «¿Acaso objetivamente hablando, la pena de muerte no es despotismo legal, medio ilícito y ejercicio inicuo de la autoridad?»¹³³.

Consideraciones que hace a partir del bien común, matizando la frase «El bien común fundamenta el derecho a la legítima defensa individual y colectiva» del punto nº 1909 son: que «el primer derecho humano inalienable es la vida en sí misma», que «tan ofensivo es a la dignidad humana el que uno se suicide como el que la ley ordene la destrucción de su vida», que la legitimación de la pena de muerte obedece a una «tradición penalista tradicional y rutinaria», implicando «un concepto objetivamente falso tanto de la pena de muerte como de la legítima defensa»¹³⁴.

En torno a la caridad, recuerda el autor que «la enseñanza de Cristo exige incluso el perdón de las ofensas» y que hay que perdonar a los enemigos sin excepción. Desde aquí señala que los redactores de los puntos 2266 y 2267 se han quedado entrampados «en la teoría aristotélico-tomista menos cualificada y el legalismo romano robustecido desde la edad media» y no han entendido la enseñanza de Cristo (*Mt 5, 43-44*)¹³⁵. Cita después la

¹³¹ Cfr. *ibidem*, p. 224.

¹³² *Ibidem*, p. 225.

¹³³ *Ibidem*, p. 226.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 226-227.

¹³⁵ Cfr. *ibidem*, p. 227.

regla de oro: «Todo cuanto queráis que os hagan los hombres hacedlo también vosotros; porque ésta es la ley y los profetas». Más tarde aplica a la pena de muerte el final del punto nº 2148: «Es también blasfemo recurrir al nombre de Dios para justificar prácticas criminales, reducir pueblos a servidumbre, torturar o dar muerte. El abuso del nombre de Dios para cometer un crimen provoca el rechazo de la religión». Dirá que la pena de muerte es un *crimen legal*, y que su legitimación hace odiosa a la confesión cristiana que la reconozca¹³⁶.

Sobre la consideración del aspecto expiatorio de la pena capital por parte del ajusticiado concluye que ésta tendría un carácter suicida y, sería por tanto, gravemente ilícita¹³⁷.

Aborda el tema de la *tradición* señalando que la tradición que legitima la pena de muerte no puede ser considerada como prolongación en el tiempo de la Tradición Apostólica, ni se puede decir de ella que no haya sido denunciada desde dentro de la Iglesia. «Pero ¿quién dice que la cuestión de la pena de muerte sea un asunto del “Depositum fidei”, de suerte que sea intocable?», se preguntará, señalando después que el mismo Ratzinger la ha considerado una cuestión no zanjada y abierta a la libre discusión de expertos. Si se hubiese liberado ya la Iglesia de esa *tradición*, silenciándola o descalificándola, se expondría mejor lo que Blázquez considera «la auténtica Tradición Apostólica, que arranca de Cristo y los Apóstoles y que rechaza la pena capital sin distinciones ni sutilezas académicas y legalísticas»¹³⁸. Para nuestro autor, aunque resulta saludable que el *Catecismo* exponga de un modo muy restrictivo la posibilidad de la licitud de la pena de muerte, el problema de fondo queda intacto, no se discute el principio «de iure». «En realidad el *Catecismo* potencia al movimiento “abolicionista” moderno urgiendo aún más la necesidad de suprimir la pena de muerte en los ordenamientos penales, pero sin llegar a negar al

¹³⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 228-229.

¹³⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 229-230.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 232.

Estado, al menos teóricamente, el presunto y maléfico derecho de instituirlo y aplicarla en casos de extrema gravedad»¹³⁹.

Aunque podamos dejar para más adelante la valoración del artículo que acabamos de reseñar, quisiera observar que nuestro autor, dentro de su crítica a los puntos 2266 y 2267 que venimos citando, dice, refiriéndose a la *contextualización* de la pena de muerte en los puntos 2263 a 2267: «Por lo demás, sólo hay una cita irrelevante de S. Lucas a lo largo y ancho del texto y ni una sola del Magisterio de la Iglesia, en el que parece que se apoya toda la fuerza de la argumentación a favor de la pena capital, aunque sólo sea a nivel teórico»¹⁴⁰. La cita “irrelevante” es *Lc 23, 40-43*. No me parece irrelevante, desde el punto de vista antropológico, que el *buen ladrón* reconozca que con justicia recibe el castigo. Ni me parece irrelevante tampoco para la consideración de la pena desde el punto de vista expiatorio más puramente teológico, que Jesús le señale que estará, el mismo día de su crucifixión, en el paraíso. Una cierta *aceptación* del castigo parece condición necesaria para su valor *expiatorio-penitencial*. El mal ladrón también interpela a Cristo, pero no recibe la promesa de salvación. Con ello no pretendemos señalar que el texto evangélico, al que alude el *Catecismo* en su primera redacción, constituya un *apoyo* a la pena capital. Lo que nos insinúa su lectura es que, para el *buen ladrón*, el castigo fue ocasión para su conversión.

b) La Carta Encíclica «Evangelium vitae»

La Encíclica está firmada el 25 de marzo de 1995. Comentaremos a continuación un artículo de nuestro autor, escrito con motivo de la misma¹⁴¹.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 232-233.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 217.

¹⁴¹ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *La pena de muerte*, en «Comentario interdisciplinar a la “Evangelium Vitae”» (Lucas Lucas, R., ed.), Biblioteca de

El contenido expuesto en las páginas 403 a 408 (epígrafes 1 y 2) es muy semejante al del artículo que acabamos de resumir, si bien está expuesto de un modo resumido y mucho menos polémico. En las páginas 408 a 415 (epígrafes 3, 4 y 5) hace un resumen de la historia de la pena de muerte en el contexto cristiano, que incluye las opiniones de san Agustín y santo Tomás al respecto. En la última parte pretende aportar datos para la revisión de los puntos 2266 y 2267 del *Catecismo* –versión de 1992- (epígrafe 6) y aporta sus conclusiones.

Comienza el artículo diciendo que le parece un error metodológico de la jurisprudencia tradicional plantear el problema moral de la pena de muerte en el contexto de la legítima defensa. Un error del que no se librarían del todo ni el *Catecismo* de 1992 ni la *Evangelium vitae*, aunque, según el autor en esta última se ha enmarcado mejor dentro de la justicia penal. Esta segunda afirmación sorprende un poco en nuestro autor que tiene numerosos epítetos dedicados a descalificar el enfoque excesivamente jurídico que se ha dado ha este tema a lo largo de la historia. La *Evangelium vitae* sitúa la pena de muerte en el horizonte de la legítima defensa. Después recoge la parte del punto nº 56 de la Encíclica que señala una evolución en la mentalidad social hacia la abolición de la pena capital, y menciona el necesario marco de una justicia penal. El autor admite que la Encíclica se mantiene en la línea del *Catecismo* enmarcando la pena de muerte en el horizonte de la legítima defensa. Ya comentamos por qué el autor no admite esa consideración: el crimen pertenece al pasado, el malhechor se encuentra reducido e inutilizado para seguir cometiendo delitos. El aspecto de *inevitabilidad* que tiene la legítima defensa no se encuentra en la condena a muerte. También comentamos el interés de nuestro autor por considerar la pena de muerte homicidio voluntario. Reproducimos parte de un párrafo: «Por otra parte, decir que el homicidio voluntario se refiere sólo a la muerte del inocente es una arbitrariedad. Homicidio voluntario, objetivamente hablando, es la muerte de cualquier

Autores Cristianos, Madrid 1996, pp. 403-418. En adelante nos referiremos este artículo como sigue: *La pena de muerte*, en «Comentario interdisciplinar...».

hombre o mujer, inocente o culpable, por decisión y a mano de hombres. En un asunto tan grave no podemos jugar con eufemismos lingüísticos o leguleyos y menos aún diplomáticos. La muerte infligida a un malhechor por orden de un tribunal de justicia objetivamente es un homicidio tan directo y voluntario como la dictada contra una persona inocente»¹⁴². No obstante las afirmaciones del autor pensamos que no se puede obviar el discernimiento filosófico de los actos. El tratamiento que da santo Tomás a la cuestión, y que expone Rhonheimer, nos parece esclarecedor.

En la Encíclica se incluye la *aversión* contra la pena de muerte entre los signos positivos de la cultura de la vida en el n° 27 y nuestro autor lo recoge en varias ocasiones a lo largo del artículo . También reconoce que en los términos en que se habla de la pena de muerte en el n° 56 «en la práctica nunca se darían las condiciones hipotéticamente legitimadoras de tan grave castigo»¹⁴³. El autor se hace eco de los que aventuran la hipótesis de una futura revisión de los puntos 2266 y 2267 del *Catecismo* en la que se formule

¹⁴² *Ibidem*, p. 404. M. Rhonheimer, a este respecto aclara: «Santo Tomás se vale de la acción de “matar a un hombre” para ofrecernos otro ejemplo de la diferencia entre la identidad natural (*genus naturae*) y la identidad moral (*genus moris*) de un acto. Considerada en el plano óntico, esta acción equivale a cualquier suceso que produzca la muerte de un hombre (...). A este respecto el Aquinate escribe lo siguiente: *Es posible que actos que por su género natural son idénticos se ordenen sin embargo a dos fines de la voluntad distintos entre sí, como sucede con el acto “matar a un hombre”, que por su género natural siempre es el mismo, pero se puede ordenar al fin “conservación de la justicia” o “satisfacción de la ira”. Y en virtud de esa ordenación se tratará, por lo que hace a la especie moral, de dos actos distintos: el primero será un acto de virtud, y el segundo un acto perteneciente a un vicio. Y añade una precisión: Para las realidades naturales, los fines morales son algo que se añade a ellas (“fines morales accidunt rei naturali”), y, a la inversa, desde el punto de vista del fin moral el aspecto de la finalidad natural (de un acto) es un añadido (“et e converso ratio naturalis finis accidit morali”). Por ello, no hay ningún obstáculo para que dos actos que por su especie natural sean idénticos se distingan en lo que respecta a su especie moral. (I-II, q. 1, a. 3, ad 3)»: RHONHEIMER, M., *La perspectiva de la moral*, Rialp, Madrid 2000 [tit. or.: *Die Perspektive der Moral. Grundlagen der philosophischen Ethik*, 1994]; p. 161.*

¹⁴³ *La pena de muerte*, en «Comentario interdisciplinar...», p. 405.

una condena explícita radical de la pena capital como se ha hecho con el aborto y la eutanasia. Esta idea habría sido insinuada por el Card. Ratzinger en una rueda de prensa¹⁴⁴. Esta interpretación –asociando de algún modo en la mente del Cardenal la pena de muerte al aborto y la eutanasia- nos parece un abuso del autor, y requeriría una documentación precisa.

Recogemos algunas de las *impresiones* de Blázquez sobre los contenidos de la encíclica: «Textualmente se reconoce “de iure” la presunta legitimidad moral de la pena de muerte como medida penal». «O sea, que cada cual puede pensar como desee sobre la legitimidad o no legitimidad de la pena de muerte con tal que, de hecho, *no se condene con la pena de muerte a nadie*». Esto sería la postura pastoral que Juan Pablo II ha tomado y que es la única que le permite a la vez ser coherente con el espíritu evangélico sin indisponerse con los poderes públicos. La referencia al *Catecismo* que se hace sería a la vez «protocolaria y significativa». «Me inclino a pensar que Juan Pablo II está personalmente convencido de que la pena de muerte es objetivamente inmoral y que en su encíclica se ha expresado con gran diplomacia para no provocar reacciones imprevisibles por parte de las autoridades públicas y más aún de las militares». Estimulando la *aversión* creciente en la opinión pública el Papa estaría creando una mentalidad nueva, incompatible con la práctica de la pena de muerte, que iría en la línea del amor al prójimo como a uno mismo, incluyendo a los propios enemigos¹⁴⁵. Entre estas impresiones se encuentra una gran diversidad de grados de certeza, a nuestro entender.

Antes de acabar el epígrafe 2, *La pena de muerte en el contexto de la Encíclica*, el autor expone de nuevo su desacuerdo por la ausencia de «una condena explícita y total a nivel también de principios y no sólo práctica», condena que quizá el Pontífice se reservaría para otra ocasión. No obstante lo más importante ya estaría conseguido con la doctrina de la *Evangelium*

¹⁴⁴ Cfr. *ibidem*.

¹⁴⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 406-407.

vitae: que esta pena nunca se aplique contra nadie. Por otra parte se extraña Blázquez de que el Papa ni siquiera mencione la reprobación que Cristo hace de la ley del talión¹⁴⁶.

No comentamos los epígrafes 3, 4 y 5 del artículo, que resumen lo ya expuesto en los apartados de Sagrada Escritura y Tradición así como la doctrina de santo Tomás, que dejamos para el siguiente capítulo.

Los *datos para una revisión* de los puntos 2266 y 2267 del *Catecismo* y de los números 27 y 56 de la Encíclica serían, resumiendo a Blázquez: 1) La pena de muerte pudo suponer un avance frente a la venganza privada, por ello en todas las culturas se han buscado excusas y atenuantes sea para justificarla, sea para evitar la muerte al malhechor. 2) La Nueva Ley promulgada por Cristo supone una revisión tal que la pena de muerte quedó proscrita sin ningún tipo de excepciones ni concesiones. 3) Como estaba tal pena muy arraigada en costumbres ancestrales y en el derecho romano, la Iglesia acabó llegando a un compromiso pragmático: no discutía teóricamente la pena de muerte, pero conseguía el «derecho de intercesión», que permitía al Papa o al Obispo interceder para que la condena a muerte fuera conmutada. 4) Federico Barbarroja habría sido el primero en romper este *pacto*, y otros siguieron su ejemplo, de modo que las autoridades civiles empezaron a ejecutar reos «por su cuenta y riesgo». Moralistas y canonistas habrían puesto su ciencia al servicio de la justificación teórica de esta realidad práctica. El producto sería la «teoría del brazo secular»: la Iglesia no podría instituir y aplicar la pena de muerte, pero el Estado sí. 5) Ni el movimiento abolicionista episcopal ni el *Catecismo* de 1992 han cuestionado la licitud en sí de la pena capital, si bien se ha dado «un progreso innegable en la humanización del derecho penal y desmitificación de falsas razones». Habría que ir más lejos en la condena de la pena de muerte: «Ese presunto derecho se puede negar desde el frente de los derechos humanos fundamentales, entre los cuales se impone la afirmación del derecho absoluto a la vida, incluida la de los mayores

¹⁴⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 407-408.

delincuentes». 6) El enfoque del problema de la pena de muerte en el contexto de la legítima defensa «es objetivamente falso y vicia desde el principio cualquier intento de discurso razonable sobre el mismo». 7) «Se dice con frecuencia que la tradición unánime de la Iglesia ha reconocido en principio al Estado el presunto derecho de instituir la pena de muerte. Pienso que eso es objetivamente falso (...) semejante tradición *unánime* no ha existido nunca». 8) «La cruda realidad objetiva de la ejecución del reo (...) constituye siempre y en sí misma un acto de inhumanidad y una soberana injusticia de Estado»¹⁴⁷.

En la *Conclusión* del artículo se afirma que por razones comprensibles ni el *Catecismo* ni la *Evangelium vitae* han tratado el tema de la pena de muerte con la profundidad filosófica y teológica que cabría esperar, pero que de todos modos han supuesto un avance, porque no se reconocen situaciones concretas de aplicabilidad y su rechazo se valora como signo positivo de cultura de la vida. «Pero hay que ir más lejos, incluso hasta la proscripción de esa imaginaria justificación teórica de un castigo que empaña el sereno discurso ético racional y se estrella contra los sentimientos de Cristo y el mensaje más genuinamente apostólico»¹⁴⁸.

En uno de sus libros de bioética¹⁴⁹, nuestro autor trata brevemente el tema de la muerte, dentro del Capítulo V: *Momento culminante del Magisterio de la Iglesia sobre la bioética*. Dentro del apartado B, dedicado al *Catecismo*, tiene unas líneas dedicadas al asunto. En ellas suaviza su crítica, quizá también por problemas de espacio. Dice que piensa haber demostrado que es un error pedagógico, por parte de la comisión redactora del *Catecismo*, el reconocimiento de la presunta legitimidad, al menos teórica, de la pena de muerte. Sostiene «que la pena de muerte es siempre y objetivamente un

¹⁴⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 415-417.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 418.

¹⁴⁹ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., PASTOR GARCÍA, L.M., *Bioética fundamental*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1996. En adelante *Bioética fundamental*.

homicidio legalizado, que se condena éticamente por la naturaleza misma de la acción mortal sin que nada ni nadie pueda cambiar la inmoralidad objetiva de la ejecución del reo, condenado por un tribunal de justicia a ser ejecutado»¹⁵⁰. Sería un agravante el hecho de que se viola, a su parecer, el principio cristiano del perdón al enemigo. El apartado C del mismo capítulo está dedicado a la Encíclica *Evangelium vitae*. Al abordar la pena de muerte señala que sorprendió, cuando fue publicada, que en ella no se formulara una condena explícita de la pena de muerte, como se había hecho con el aborto y la eutanasia. Se vuelve a hacer eco de los que prevén una futura condena en ese sentido. Recoge las menciones del progresivo rechazo social a la pena de muerte y a la guerra como signos positivos de la cultura de la vida. Entiende que la Encíclica reconoce «de iure» la presunta legitimidad de la pena capital, pero tras citar que «(...) estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes» concluye, como ya hemos visto: «O sea, que cada cual puede pensar lo que quiera sobre la legitimidad o no legitimidad de la pena de muerte con tal que, de hecho, *no se condene con la pena de muerte a nadie*». Vuelve a entender la postura del Pontífice como meramente pastoral, para evitar un conflicto con los poderes públicos, y considera que la encíclica contextúa la pena de muerte en el ámbito de la justicia penal y no de la legítima defensa, contrariamente a lo que expresa en otra de sus obras. Confróntese con lo expuesto en el comienzo de este epígrafe. Como en el artículo anteriormente expuesto se extraña de que el Papa no mencione la reprobación explícita que hace Cristo de la ley del talión¹⁵¹. En las *Observaciones críticas a la Encíclica "Evangelium vitae"* se queja de que el Pontífice se ha quedado a medio camino en la condena de la pena de muerte¹⁵².

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 320.

¹⁵¹ Cfr. *ibidem*, pp. 344-348.

¹⁵² Cfr. *ibidem*, p. 350.

c) El *Catecismo* tras las correcciones

En 1997 se publicó el *Elenco de correcciones* del *Catecismo* de la Iglesia Católica¹⁵³. En un artículo aparecido en 1999 nuestro autor expone las siguientes ideas, muchas de ellas recogidas en publicaciones anteriores¹⁵⁴: Cuando apareció la primera edición del *Catecismo*, Blázquez escribió un artículo en el que exponía que la redacción de los puntos 2266 y 2267 estaba mal hecha. En la *Evangelium vitae* no se subsanó esa «redacción defectuosa»,

¹⁵³ De modo semejante a como hicimos al recoger la argumentación referente a la redacción inicial del *Catecismo de la Iglesia Católica*, transcribimos aquí la versión vigente en lengua castellana de los puntos 2266 y 2267, procedentes del *Catecismo de la Iglesia Católica*, Asociación de Editores del Catecismo, Bilbao 2000, N. 2266: «A la exigencia de tutela del bien común corresponde el esfuerzo del Estado para contener la difusión de comportamientos lesivos de los derechos humanos y de las formas fundamentales de la convivencia civil. La legítima autoridad pública tiene el derecho y el deber de aplicar penas proporcionadas a la gravedad del delito. La pena tiene, ante todo, la finalidad de reparar el desorden introducido por la culpa. Cuando la pena es aceptada voluntariamente por el culpable, adquiere un valor de expiación. La pena finalmente, además de la defensa del orden público y la tutela de la seguridad de las personas, tiene una finalidad medicinal: en la medida de lo posible, debe contribuir a la enmienda del culpable». N. 2267: «La enseñanza tradicional de la Iglesia no excluye, supuesta la plena comprobación de la identidad y de la responsabilidad del culpable, el recurso a la pena de muerte, si ésta fuera el único camino posible para defender eficazmente del agresor injusto las vidas humanas. «Pero si los medios incruentos bastan para proteger y defender del agresor la seguridad de las personas, la autoridad se limitará a esos medios, porque ellos corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana. «Hoy, en efecto, como consecuencia de las posibilidades que tiene el Estado para reprimir eficazmente el crimen, haciendo inofensivo a aquél que lo ha cometido sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse, los casos en los que sea absolutamente necesario suprimir al reo “suceden muy rara vez, si es que ya en realidad se dan algunos.” (*Evangelium vitae*, 56)».

¹⁵⁴ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *Bioética, menopausia y pena de muerte*, en "Studium" 39 (1999), pp. 509-521. En adelante *Bioética, menopausia y pena de muerte*.

aunque se redujo de tal manera el campo posible de aplicación que se puede considerar éste prácticamente inexistente. La edición actual del *Catecismo* mantiene la redacción de la *Evangelium vitae*. Quienes critican a la Iglesia por no condenar la pena de muerte desde el punto de vista teórico se equivocan muchas veces en las razones que aducen y en el modo de hacerlo, pero esta pena como castigo legal desdice de Jesucristo y pone en cuestión la credibilidad de las autoridades eclesíásticas que mantienen la hipotética legitimidad ética de dicho castigo, aunque en realidad lo aborrezcan. Cada uno puede pensar desde el punto de vista teórico lo que quiera sobre la legitimidad de este castigo, mientras no se traduzca en acciones prácticas de justicia –a favor de la pena de muerte, se entiende-, «pero esto no deja de ser una chapuza mental a falta de una solución ética correcta a nivel de principios». Una buena revisión del texto debería tener en cuenta, por lo menos: 1) Que es un planteamiento falso, heredado de la jurisprudencia tradicional, tratar la pena de muerte en el contexto de la legítima defensa. 2) «Que la pena de muerte, objetivamente hablando, equivale a un homicidio deliberado amparado por la ley con el que se satisface subliminalmente el instinto de venganza y se echa por tierra el respeto radical a toda vida humana con lo cual se viene abajo la teoría de los derechos humanos». 3) Legitimar la pena de muerte como castigo legal es como aprobar la ejecución de Cristo por parte de las autoridades judías, es la negación práctica del mandato del amor mediante el cual Cristo abolió la ley del talión. Es un castigo no cristiano que contradice los hechos y enseñanzas de Jesucristo¹⁵⁵.

4. Observaciones

Hemos intentado exponer la argumentación del autor sobre el tema, siguiendo el título del capítulo, evitando hacer muchas interrupciones en su discurso. Nos parece que se pueden hacer algunas observaciones.

¹⁵⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 519-521.

- 1) La aceptación intelectual de la posible legitimidad de la pena de muerte como tal no implica una actitud de defensa de la pena de muerte.
- 2) En la correcta percepción de la naturaleza de las penas, no se pueden desvincular éstas del delito que dio lugar a las mismas. Como ya hizo ver san Agustín sería una injusticia que no se castigase el delito. La existencia de penas jurídicas implica la existencia de un cierto desarrollo de la sociedad, con leyes y jueces que juzgan atendiendo a esas leyes. En sí misma la pena y su ejecución son actos no meramente personales¹⁵⁶. No se pueden juzgar sólo bajo la luz de la ética personal, porque son actos que, sin faltar en ellos la dimensión personal -en la actuación del juez, p. ej.-, sólo se pueden enjuiciar correctamente en el marco de una filosofía que comprenda que, en ciertas cuestiones, la sociedad -aun cuando emplee representantes- actúa como un todo, con una lógica, con unos objetivos, y unos imperativos que, aun estando relacionados con los del individuo, no se pueden identificar completamente con los *parámetros* con que actúa éste. A este tipo de filosofía nos referimos cuando empleamos la expresión *ética política* o *ética político-jurídica*. Una moral que quiera juzgar estos actos, en los que la sociedad actúa como un conjunto unido, no puede hacer abstracción de este aspecto, como si se tratase de una cuestión de ética personal. Una moral que no cuente con una adecuada herramienta filosófica, en este caso con una adecuada filosofía política, puede llevar a conclusiones equivocadas.
- 3) Concretamente nos parece que éste es el punto que explica la perplejidad de Blázquez sobre lo mal que, en su opinión, se ha planteado y resuelto históricamente la cuestión. De hecho, ni siquiera en los textos recogidos por Blázquez se encuentra una sola condena formal de la pena de muerte -podríamos pensar en el caso

¹⁵⁶ También con su trascendencia social la pena refleja que el delito que la motivó *supera* el orden meramente personal.

de Lactancio- que no haya sido recusada por una *autoridad* superior –en este caso san Agustín-. Esto no implica un “apoyo” de san Agustín a la pena de muerte, sino la percepción de una realidad ético-jurídica, la pena de muerte, no injusta en sí misma, pero sí mejorable como fórmula de justicia a través del benéfico influjo de la doctrina de Cristo en la sociedad y en sus instituciones. Así se explica, en la época de san Ambrosio, que no se negasen los sacramentos a aquellos jueces cristianos que estimaban que debían aplicar sentencias de muerte, y que a la vez se elogie a los que se privaban por este motivo de recibir los sacramentos. Es decir: no se trataba de una conducta inmoral en sí misma –como por ejemplo el adulterio o el asesinato- que obligue, siendo pública, y pertinaz, a negar los sacramentos a quien la lleva, pero sí que se aprecia, como cuestión delicadísima que es, una reserva.

- 4) El hecho, que tanto asombra a Blázquez, de que no se haya mencionado la abolición de la ley del talión por parte de Jesucristo, ni en el *Catecismo* ni en la *Evangelium vitae*, al tratar este tema, se explica porque no hay una conexión necesaria entre pena de muerte y venganza¹⁵⁷. Esto implícitamente está recogido en la condena de Inocencio III a la afirmación valdense sobre el pecado mortal del príncipe que condene a muerte a alguien. Y a mi juicio no la hay, entre otras cosas, porque quien juzga no es ni la víctima ni un próximo a la víctima.
- 5) Nuestro autor rechaza el principio de la legítima defensa como marco para estudiar la pena de muerte. Para que se entendiese mejor esa *extensión* del principio de legítima defensa quizá fuera conveniente emplear el término “analogía” (de modo que se indicase que se traslada dicho principio de la ética personal a la ética jurídico-política, *mutatis mutandis*); en ese sentido, con mayor motivo tendríamos que hablar de analogía para poder trasladar los

¹⁵⁷ Quizá ni siquiera existe una conexión necesaria entre ley del talión y venganza, como veremos en la parte dedicada a Ernest Van den Haag.

principios morales propuestos por Jesucristo de una ética a otra. En cualquier caso, siendo bueno que el hombre perdone las ofensas personales que sufre, sería nefasto que la autoridad civil no castigase el delito, lo que no implica necesariamente que lo castigue con la muerte.

- 6) Nos parece positiva la consideración del autor acerca del conflicto entre la pena de muerte y el aspecto redentivo de las penas en general.
- 7) La consideración de la vida como valor absoluto es problemática desde el punto de vista filosófico y, a efectos de deslegitimar la pena de muerte, puede considerarse como un arma de doble filo si las penas han de guardar cierta proporción con el delito: p. ej. en el caso de un asesino múltiple.
- 8) Nos parece un grave error, desde el punto de vista del discernimiento ético, confundir o dar a entender equivalencia entre pena de muerte y homicidio deliberado, ya que las especies morales de estos dos actos son diversas. Niceto Blázquez en su exposición subraya dos aspectos que podríamos llamar *etimológicos*. No duda en llamar a la pena de muerte «homicidio», porque supone la muerte de un hombre y «deliberado», porque no hay juicio legal sin deliberación. Sin embargo tanto el sentir ético común, como la ética entendida de un modo científico (sea filosófico o teológico) distinguen pena de muerte y homicidio deliberado. Así, estudiando los actos humanos en general, santo Tomás señala cómo puede haber actos distintos según la especie moral, que respondan a actos de la misma especie natural (en este caso a la acción «matar a un hombre»)¹⁵⁸. La razón de ello es que «el fin no es algo enteramente extrínseco al acto, al cual se refiere como principio o como término»¹⁵⁹. El fin precede en la intención,

¹⁵⁸ Cfr. *Summa Theologica*, I-II, q. 1 a. 3, ad 3.

¹⁵⁹ *Ibidem*, ad 1.

«y en este sentido pertenece a la voluntad; y de este modo da la especie al acto humano o moral»¹⁶⁰. Así «el matar a un hombre puede ordenarse a la conservación de la justicia y a la satisfacción de la venganza: de ahí procederán diversos actos según la especie moral, porque en un caso será acto de virtud y en otro será acto vicioso»¹⁶¹. Blázquez en su exposición «recorta» las acciones morales. Aunque sabe que la pena (en general) es algo debido al delito, cuando habla de la pena de muerte la despoja de su conexión con el mismo. Así deja de tener sentido la distinción inocente-culpable. Pensamos que si la pena de muerte se ha considerar como pena, no puede considerarse como un acto sencillo «del juez». Es toda ella un acto complejo, si se nos permite hablar así, iniciada o desencadenada en cierto sentido por el delito. Sin delito no hay pena¹⁶².

¹⁶⁰ *Ibidem*, ad 2.

¹⁶¹ *Ibidem*, ad. 3.

¹⁶² Con estas consideraciones no pretendemos decir que la pena de muerte sea éticamente lícita.

CAPÍTULO II. ARGUMENTACIÓN TEOLÓGICA (II): AUTORES POSTERIORES A LA ÉPOCA PATRÍSTICA

A. Los precursores de la postura tomista

Ya hemos visto el énfasis con que nuestro autor señala que no se puede decir que la tradición de la Iglesia, entendida «en sentido fuerte», reconozca la presunta legitimidad de la pena de muerte como tal. No obstante, al menos en dos de sus obras reconoce: «No es fácil demostrar históricamente una tradición monolítica opuesta a la pena de muerte en el seno de la cristiandad hasta el siglo XII. Lo que no deja lugar a dudas es que con el cristianismo tomó cuerpo una mentalidad abiertamente opuesta a la pena capital con gran incidencia práctica en el derecho penal de los primeros siglos»¹.

Comenta Blázquez que, a pesar de la influencia del cristianismo, nunca se superó totalmente la mentalidad del derecho romano clásico en lo relativo a la pena de muerte. Esto obligó en cierto modo a buscar una justificación a la «convivencia» de una sociedad cristiana con un castigo tan lejano del espíritu del Evangelio².

Cuatro autores -Ivón de Chartres, Graciano, Pedro de Poitiers y Alano de Lille- habrían proporcionado los elementos para crear la «teoría penal dualista», de profundo desarrollo en el derecho penal occidental posterior. Aunque nuestro autor no define el concepto «teoría penal dualista»,

¹ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 87. Cfr. *Pena de muerte*, p. 43.

² Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 87. *Pena de muerte*, p. 43.

entendemos que se refiere con ello a la capacidad de la Iglesia no de ejecutar condenas de muerte, pero sí de entregar al «brazo secular» a los que estimase merecedores de tal castigo.

1. *Ivón de Chartres*

Ivón de Chartres fue ya mencionado al tratar del magisterio episcopal. Entonces no quedó claro hasta qué punto era «partidario» el citado obispo de la pena capital, quizá porque lo que interesaba a nuestro autor en los pasajes entonces citados era más bien transmitir la idea de que se ponía en duda la licitud de dicha pena. Ivón apoyará su postura en la segunda carta de san Pedro, en un texto de san Jerónimo, en san Agustín y en san Gregorio. Nos expone la *argumentación* de Ivón, quien hace referencia a pasajes diversos de la Sagrada Escritura. Así del Antiguo Testamento se referirá a *Ex 22, 17*, donde se habla de la muerte legal de los hechiceros. También considerará Ivón que «Elías causó la muerte justa de muchos por inspiración divina»³ y mencionará el episodio neotestamentario de Ananías y Safira ante san Pedro. Para Ivón es claro que los ladrones y malhechores convictos según la ley, deben morir según la ley⁴.

Más interesante que la *postura* del propio Ivón nos parece el modo de tratar Blázquez las citas que aquél recogía de san Jerónimo. Obviamente en el texto de nuestro autor pierden fuerza las citas de san Jerónimo: «Dice Ivón que, según san Jerónimo, el que castiga a los malos por su maldad y da muerte a los peores, se comporta como ministro de Dios». Aquí nos remite al texto de Ivón (*Decreti*, X, PL 161, 740) y al de san Jerónimo (*In Ezechielem, lib. III, cap. IX, PL 25, 85*). En el de este último, esas palabras van precedidas de otras que, completando el párrafo, nos permitimos traducir como: «"Y tiene en su mano cada instrumento de muerte". No dijo, *tenía*, como tradujeron los Setenta. Ni habla de cosas pasadas, sino que trata de

³ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 89. Cfr. *Pena de muerte*, p. 44.

⁴ El autor nos remite a D. Ivonis Cartoniensis, *Decreti*, XVI, PL 161, 966-967.

las cosas presentes y futuras. El que castiga a los malos por su maldad y da la muerte a los peores, se comporta como ministro de Dios».

Trata también nuestro autor otro texto de san Jerónimo referido por el de Chartres. Blázquez menciona la *lección espiritual* que san Jerónimo quiere dar, sobre todo a obispos, presbíteros y diáconos, *lección* que también a nuestro entender es evidente. No obstante al ir, en el comentario, cambiando la estructura del texto de san Jerónimo, si éste tenía algo que decir respecto del tema que nos ocupa, queda a esos efectos un tanto *desfondado*. Blázquez llega a decir: «Es obvio que a S. Jerónimo no le interesa en este caso para nada el tema sobre la pena de muerte, reconocida y practicada en el Antiguo Testamento. La alusión transitoria que hace a ese castigo está perfectamente justificada en el contexto de la antigua ley así como la lección espiritual que saca para los eclesiásticos de la nueva ley, que han de ser modelos de buenas obras. Ivón hace una transpolación del Antiguo al Nuevo Testamento como si en la nueva ley se pudieran aplicar los mismos preceptos penales de la ley antigua, entre ellos el de la pena capital»⁵. Nos volvemos al texto de san Jerónimo al que nos remite el autor (*In Jeremiam, lib. IV, cap. 22, PL 24, 811*) para traducir: «Es propio de los reyes hacer juicios y justicia, liberar a los oprimidos por los acusadores falsos, y prestar ayuda al peregrino, al niño huérfano, y la viuda (que fácilmente son oprimidos por los poderosos). Y, para lanzarlos a un mayor cuidado de ellos por parte del que manda, incluyó: *No contristéis*, no sólo para que no arrebatéis, sino para que nadie padezca por vuestra connivencia y sea por otros afligido. *Y no derramáis sangre inocente en este lugar*. Efectivamente, castigar a los homicidas, a los sacrílegos y envenenadores no es derramar sangre, sino misión de las leyes. De aquí que si hacéis esto, oh reyes de Judá, tendréis la inveterada potestad y con solicitud se os abrirán las puertas de Jerusalén. Si no haces esto, oh casa real, no será por crueldad de Dios, sino por tu voluntad, que toda ciudad quede reducida a soledad». A continuación viene la enseñanza para obispos, sacerdotes y diáconos con la invitación a aprender de lo dicho a la

⁵ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 90. Cfr. *Pena de muerte*, p. 45.

casa real y vivir los preceptos, respetando a los inocentes, etc., para ser dignos de la dignidad que Dios les entregó.

Blázquez, que se detiene en explicarnos la lección espiritual, estima que el recurso a este texto por parte de Ivón es de una gran habilidad, pero considera «inaceptable en buena metodología teológica» el recurso al Antiguo Testamento para justificar la pena de muerte, y nos anuncia que volverá sobre esto al hablar de santo Tomás. La alusión al texto de san Jerónimo apenas referido tendría implícita la distinción entre los poderes laicos y los ministros de la Iglesia, que luego serviría para «justificar legalmente la pena capital por parte del Estado y no de la Iglesia»⁶. El modo de citar de Ivón a san Jerónimo indicaría el inicio de la ruta que llevaría a la teoría del «brazo secular»⁷.

2. Graciano

El siguiente autor que aborda Blázquez en el contexto de la *gestación* de la teoría del brazo secular es Graciano. Para él la legitimidad de la pena de muerte queda testimoniada por diversos ejemplos: no violaron el «no matarás» los hombres y poderes públicos que guerrearon y que incluso mataron a malhechores dignos de muerte; ni el soldado que obedece a la autoridad es reo de muerte si mata al facineroso; ni puede ser juzgado como homicida quien llevado del celo de la fe mata a un hereje. Cita Blázquez : «es claro que no sólo es lícito que los malos sean flagelados, sino que también pueden ser matados»⁸. Graciano, tras preguntarse si los que no son jueces pueden ejecutar estos castigos, responde que sólo los jueces que han sido investidos con este poder pueden hacerlo, ya sean personas que

⁶ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 90. Cfr. *Pena de muerte*, p. 46.

⁷ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 90-91. *Pena de muerte*, p. 46.

⁸ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 91. Cfr. *Pena de muerte*, p. 46.

detentan el cargo público o pueblos enteros, como el pueblo judío en el Antiguo Testamento⁹.

3. *Pedro de Poitiers*

En Pedro de Poitiers la cuestión de la pena de muerte se plantea dentro del estudio teológico del quinto mandamiento del Decálogo. Considera que para cumplir el mandamiento no basta con no matar materialmente, sino que se debe tener intención de no matar aunque uno sea provocado. Después se pregunta si es lícito matar. Su respuesta es positiva. Argumenta acudiendo al segundo capítulo del primer libro de los Macabeos, considerando que es lícito emplear la fuerza contra la fuerza. Como argumento *histórico* estaría el hecho de que la Iglesia había consentido la muerte de paganos a manos de militares.

Pedro de Poitiers plantea, con ocasión de diversos pasajes del Nuevo Testamento, objeciones a la pena de muerte. Estas consideraciones serían: se debe ofrecer la otra mejilla a quien nos ultraja; la pena de muerte parece contradecir el espíritu de las bienaventuranzas; San Pablo invitó a no tomarse la justicia por la propia mano, dejando a Dios el juicio; y que la reprensión de Cristo a Pedro por defenderle con la espada supone una condena de la violencia.

El de Poitiers resuelve diciendo: «No es lícito matar cuando se hace con ánimo rencoroso u odio, pero es lícito matar motivados por el celo, por la justicia, en defensa de la verdad y para que no peligre la fe»¹⁰. Cita, para apoyarse, el texto de san Jerónimo en el que se hacía alusión a la licitud del castigo a homicidas, sacrílegos y envenenadores (donde este autor pone usureros por envenenadores). Concede peso a los pasajes

⁹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 91-92. *Pena de muerte*, pp. 46-47. En su exposición el autor nos remite a *Decretum Gratiani*, Venecia 1595, vol. II, C. XXXIII, q. V, c. 47-48, pp. 1269-1272.

¹⁰ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 94. Cfr. *Pena de muerte*, p. 48.

neotestamentarios antes aludidos, pero considera que si bien al principio fue designio de la Providencia que la Iglesia padeciera pacientemente la persecución, aumentando el número de fieles pasó a ser lícito lo que antes no lo era. Blázquez concluye su exposición: «Aplicado este principio a la pena de muerte, quiere decir que no fue lícito tal castigo en los comienzos de la Iglesia, pero que actualmente, en razón de su crecimiento y extensión, la objeción evangélica y apostólica ha desaparecido»¹¹.

4. *Alano de Lille*

Blázquez expone la argumentación de los valdenses a través del testimonio de Alano de Lille, contrario a la postura de aquéllos. Los valdenses se oponían en todo caso a la pena de muerte, sin que hubiera excepción por circunstancia o pretexto alguno. En apoyo de su postura evocan el *no matarás* (*Ex 20, 13*), el *espíritu* de las bienaventuranzas, y el rechazo que Cristo hace de la defensa violenta por parte de Pedro. De modo semejante acuden a un texto que muestra la intercesión de san Agustín ante Marcelino, para que éste no aplique la pena de muerte. San Gregorio habría dicho que la Iglesia debe defender a los reos de muerte y que no debía mancharse en el derramamiento de la sangre de los mismos. El profeta Ezequiel señaló la voluntad de Dios respecto a los pecadores, buscando su conversión y no su muerte (*Ez 18, 32*).

Otros puntos expuestos por los valdenses serían: Los judíos no pueden ser condenados a muerte, porque de ellos procedemos los cristianos, pero sí pueden ser castigados para volverlos a la fe cristiana. Los herejes cristianos pueden ser amonestados y castigados, pero no matados. En el caso del robo, sería incompatible con la misericordia que propugna el Evangelio que se castigase con la muerte lo que en la Ley Antigua se castigaba con una mera restitución multiplicada. Matar a un hombre violaría la *ley natural* porque se hace a otro el mal que uno no desearía para sí. Si se mata a un

¹¹ *Estado de derecho y pena de muerte*; p. 94. Cfr. *Pena de muerte*, pp. 48-49. El autor nos remite a Petri Pictaviensis, *Sent. lib. IV*, cap. IV, PL 211, 1150-1151.

pecador impenitente, el que lo ejecuta lo mata en su cuerpo y en su alma y se hace reo de su condenación. Esto es incompatible con el precepto del amor que nos manda amar al prójimo como a nosotros mismos. Dios es señor de la vida y de la muerte (*Dt.* 32, 39) y juez de última instancia, lo que vendría confirmado por *Rom* 12, 19-20 y por *Heb* 12, 6¹². No sería válido afirmar que el que condena a muerte lo hace en calidad de ministro de la ley. Admiten el principio de que es válido actuar con la fuerza contra la fuerza, pero según la proporción de la legítima defensa, que permitiría huir o reducir al agresor; matarlo directa e intencionadamente sería contrario al mandato cristiano de amor a los enemigos¹³.

Pasa Alano a exponer su argumentación y recurre al texto de san Jerónimo, ya tratado anteriormente, en el que se dice que la muerte de homicidas y sacrílegos no debe considerarse efusión de sangre, sino servicio de las leyes. Dirá nuestro autor: «Esta distinción está tomada de san Jerónimo y será repetida rutinariamente por los autores favorables a la pena de muerte durante mucho tiempo»¹⁴. Otras ideas expuestas por Alano son: Cuando el juez en nombre de la justicia condena a muerte a un reo, no es él quien mata, sino la ley. En la ejecución el juez es ministro de la ley y, por tanto, de Dios. El aserto «el que toma la espada, a espada morirá» debe entenderse como un aviso a los que abusan del poder judicial, a los que usurpan poderes, y a quien usa la violencia con odio y arrogancia. La intercesión de san Agustín para evitar la muerte a malhechores debe interpretarse como un gesto de misericordia y no como un acto de estricta justicia. Esa misericordia no cuestiona el derecho a condenar a muerte, en nombre de la estricta justicia a tenor de las leyes. Pero no corresponde a los jueces eclesiásticos, sino a los civiles, el acto de justicia de condenar a muerte, ya que son éstos los que llevan la espada con que se castiga el cuerpo. La espada de los jueces eclesiásticos debe ser de orden espiritual.

¹² La primera cita invita a reservar a Dios la ejecución de la justicia y a tratar bien a los enemigos. En la segunda se afirma que Dios *castiga* a aquellos que ama.

¹³ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 95-97. *Pena de muerte*, pp. 49-50.

¹⁴ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 97. Cfr. *Pena de muerte*, pp. 50-51.

Jueces eclesiásticos y civiles deben respetar las respectivas competencias. Aceptado el derecho de condenar a muerte por parte de las autoridades temporales, la Iglesia intercede para que los que han sido condenados a muerte no sean ejecutados. Este ejercicio de misericordia por parte de la Iglesia no prejuzga el derecho de los poderes temporales a dictar sentencias de muerte. La cita de Ezequiel se referiría a que Dios no quiere la muerte del alma, sino la conversión y vida espiritual. Esto no cuestionaría la pena de muerte, que se refiere a la muerte corporal. Los judíos no se deben condenar a muerte por ser judíos, pero sí aquellos que incurran en delitos comunes castigados con la pena capital. El hereje debe ser castigado de modo que pueda volver a la Iglesia, pero el juez lo podría castigar con la muerte si ha cometido otros delitos para los que ésta esté prevista. No obstante el juez no debe condenar a muerte en un momento de ira, ni debe hacerlo por odio. No debe castigarse con la muerte a un simple ladrón, pero sí se podría aplicar ésta a un salteador de caminos. En el Nuevo Testamento nadie que mata ignorantemente es castigado. Uno que mata a alguien puede salvar la vida pidiendo asilo en la Iglesia. El juez eclesiástico no debe castigar nunca con penas corporales y puede interceder ante el juez secular a favor del reo. El castigo conferido por los jueces seculares sirve de intimidación y disuasión. Muchos condenados a muerte son indultados, mientras que en el Antiguo Testamento el reo ante la ley era condenado sin misericordia. Sería desproporcionado castigar con la muerte al autor de un delito de mutilación. El juez que condena a muerte a un homicida no peca contra la ley natural. El juez no debe ser ajeno a la situación espiritual del reo: intentará persuadirlo para que se arrepienta de sus pecados antes de ser ejecutado. Los que no tienen poder legal para ello pecan mortalmente cuando causan la muerte de otro hombre consciente y deliberadamente. El soldado que, obedeciendo órdenes de la legítima autoridad, mata a alguno no es reo de homicidio, y de no hacerlo podría ser acusado de desacato. El soldado que, en cambio, diera muerte a alguien por iniciativa propia, incurriría en el reato de crimen capital. Se le castiga por matar si no se lo mandan y por no matar cuando se lo mandan. Apoyará la afirmación de que es Dios mismo quien ejerce la venganza a través del juez acudiendo a

Rom. 13, 4. La advertencia de *Dt. 32, 39* habría que entenderla en el sentido de que no es lícito tomarse la justicia por la propia mano, sino que compete a la ley y al juez. Comparte la afirmación valdense de que sólo es legítimo responder con la violencia a la violencia en la medida en que lo exija la legítima defensa, pero no peca mortalmente quien, sin pretenderlo directamente, mata a otro defendiéndose. El reo, aunque sea ejecutado, como persona debe ser amado: se le castiga con una pena temporal para que, por la misma, haga penitencia y evite las penas eternas. Dios perdona los pecados del reo por la penitencia y el juez hace justicia social decretando la muerte física del mismo.

Alano dice que se dan muchas circunstancias en las que los hombres pueden ser matados. Comentando a Isaías san Jerónimo habría dicho que no es cruel el que degüella al que obra con crueldad, aunque a éste le parezca que lo es: el ladrón en el patíbulo piensa que el juez es un cruel. Menciona los dos textos de san Jerónimo ya comentados cuando tratamos lo relativo a Ivón de Chartres. Si el matar a un hombre se llama homicidio, decía san Agustín, quiere decirse que en algunos casos el homicidio puede darse sin pecado, como en el caso del soldado que mata obedeciendo órdenes o en el del juez que condena a muerte al malhechor. Cita a san Cipriano, según el cual es misión del rey reprimir robos, castigar a los adúlteros, desterrar a los impíos, eliminar a parricidas y perjuros, y no permitir la impiedad de los hijos para con los padres¹⁵.

5. Crítica de Niceto Blázquez a estos autores

En un epígrafe de *observaciones críticas* a estos cuatro autores, nuestro autor expone las siguientes ideas: Estos autores documentan la existencia, en teólogos y juristas del siglo XII, de una mentalidad favorable a la pena de muerte, pero también hubo protestas abiertas en contra, como la de los

¹⁵ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 95-101. *Pena de muerte*, pp. 49-54. El autor nos remite a Alani de Insulis, *De fide catholica, contra haereticos sui temporis libri quator*, II, PL 210, 394-399.

valdenses. Los autores favorables a la pena capital van construyendo un cuerpo de argumentos para justificar tanto la existencia de la pena, como el no implicarse de la Iglesia de modo formal en las condenas. Estos autores «recurren sistemáticamente al Antiguo Testamento y a la presunta autoridad de algunos Padres de la Iglesia, sobre todo de S. Jerónimo en sus comentarios al Antiguo Testamento»¹⁶. La exégesis de la Sagrada Escritura que hacen «es inaceptable en sentido rigurosamente bíblico. Es por lo general una exégesis acomodada a la situación legal y a la mentalidad social de su tiempo»¹⁷. Lo mismo se aplica a la interpretación de los textos de los Padres. Decir que quien mata es la ley y no el juez «equivale a un lamentable razonamiento sofista»¹⁸. Los argumentos de estos autores se convierten en tópicos comunes: es la ley la que mata; el juez que castiga sin odio con la pena capital es ministro de Dios y de su justicia; san Agustín se opone a la pena de muerte por misericordia, no porque la considere injusta; los reparos tradicionales de la Iglesia a este castigo sólo significan que Ella no debe ejercerlo, sino el poder civil. «Se aprecia un abuso manifiesto del argumento de autoridad y una confusión lamentable de la ética con el derecho establecido. Hay un tránsito ilegítimo de los hechos consumados al derecho y del derecho a la ética»¹⁹. Conocer estos autores permite juzgar mejor los argumentos de otros posteriores, también favorables a la pena capital²⁰.

A nuestro entender se pueden hacer las siguientes observaciones a la crítica de Blázquez: Existiendo la pena de muerte de modo ininterrumpido a lo largo de la historia hasta bien adentrado el siglo XX, es normal que también la *exégesis* en lo relativo a este tema esté influida por la mentalidad de la época. Existen conexiones fuertes entre costumbre y derecho.

¹⁶ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 102. Cfr. *Pena de muerte*, p. 54.

¹⁷ *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 102-103. Cfr. *Pena de muerte*, p. 55.

¹⁸ *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 102-103. Cfr. *Pena de muerte*, p. 55.

¹⁹ *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 102-103. Cfr. *Pena de muerte*, p. 55.

²⁰ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 102-103. *Pena de muerte*, p. 55.

También entre el derecho y la justicia (entendidos tanto en sentido legal, como en sentido filosófico y ético). También entre la justicia legal y la virtud de la justicia. Todas estas relaciones deben tenerse en cuenta si se quiere hacer un discurso moral coherente con la realidad: la ética jurídico-política no puede hacer abstracción ni de la realidad social ni del derecho vigente.

B. Santo Tomás y la pena de muerte

El pensamiento de nuestro autor acerca de la postura de santo Tomás se puede consultar en las monografías ya citadas, *Estado de derecho y pena de muerte* y *Pena de muerte*, así como en dos artículos²¹. Blázquez estudia la cuestión en la *Suma Teológica*. «La cuestión es suscitada en el tratado sobre la *fe*, al hablar de la herejía; en el de la *caridad*, hablando de los cismáticos, y en el tratado sobre la *justicia*, como en su lugar propio, en el contexto del homicidio, y, por tanto, del *derecho humano a la vida*»²².

1. La pena de muerte en caso de herejía

En primer lugar aborda nuestro autor la «pena de muerte por causa de herejía». Considerando el Aquinate si podrían ser condenados a muerte los herejes, estima que el pecado que cometen los hace dignos no sólo de excomunión sino de muerte, ya que es más grave corromper la fe, que es la vida del alma, que otros delitos –como la falsificación de moneda– que se

²¹ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, en “Revista Chilena de Derecho” 10 (1983), pp. 277-316; en adelante citaremos como *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*. Cfr. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, en “Moralia” (1985), pp. 107-128; en adelante citaremos como *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*.

²² *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 277.

castigan con la pena de muerte. Observa el Santo cómo la Iglesia actúa con misericordia buscando su conversión, y amonestando dos veces al interesado antes de su excomunión. Si no se enmienda, puede la Iglesia entregarlos al brazo secular para su ejecución. Apoya sus consideraciones en una cita de san Jerónimo relativa a separar el foco del mal, para que el resto (del *aprisco*, de la *casa*, de la *masa*, del *cuerpo*) se salve²³.

2. La pena de muerte contra los cismáticos

A continuación trata la «pena de muerte contra los cismáticos». Los cismáticos pecarían, según santo Tomás, en dos cosas: en separarse de la comunión de la Iglesia y en no someterse a la cabeza de Ésta. Ya por lo primero merecen la excomunión. Si no aceptan la corrección del poder espiritual, es justo que los corrija el poder temporal. Considera *medicinales* las penas de la vida presente. Si una medicina no basta, el médico añade otra. Así ocurriría a los pertinaces tras la excomunión, que serían entregados al brazo secular. Pero si basta una primera pena no se debe aplicar la siguiente²⁴.

3. La pena de muerte contra los malhechores

Tratando sobre la licitud de la aplicación de la pena de muerte cita Blázquez: «según se ha expuesto (a. 1), es lícito matar a los animales brutos en cuanto se ordenan por naturaleza al uso de los hombres, como lo

²³ Cfr. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, pp. 277-278. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, p. 111. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 106-107. *Pena de muerte*, p. 58. El autor nos remite a la II-II, q. 11, a. 3 y a su comentario por Teófilo Urdanoz.

²⁴ Cfr. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, pp. 278. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, p. 112. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 107-108. *Pena de muerte*, pp. 58-59. El autor nos remite a la II-II, q. 39, a. 4 y a la respuesta ad 3um.

imperfecto se ordena a lo perfecto. Pues toda parte se ordena al todo como lo imperfecto se ordena a lo perfecto, y por ello cada parte existe naturalmente para el todo. Así vemos que, si fuera necesario a la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo si está podrido y puede infeccionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y, por lo tanto, si un hombre es peligroso para la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común; pues, como afirma San Pablo, *un poco de levadura corrompe toda la masa*²⁵. La muerte de los malos sería lícita si no implicara peligro para los buenos, y fuera para estos últimos seguridad y protección. La justicia humana en esto imita a la divina, que no siempre elimina inmediatamente a los pecadores, sino que muchas veces les deja tiempo para convertirse; la justicia humana elimina a los que son funestos para los demás, pero deja a los que pecan sin hacer grave daño a otros para que hagan penitencia. El hombre al pecar decae en su dignidad humana porque se separa del orden de la razón, haciéndose en cierto modo esclavo como las bestias, de modo que se puede disponer de él para servicio de los demás. Santo Tomás apoya con una cita del salmo 42 y otra del libro de los Proverbios. Acaba la respuesta a la tercera dificultad con las palabras: «aunque matar al hombre que conserva su dignidad sea en sí malo, sin embargo, matar al hombre pecador puede ser bueno, como matar a una bestia, pues “peor es el hombre malo que una bestia, y causa más daño”, como dice Aristóteles»²⁶.

²⁵ *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 279. Cfr. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, pp. 112-113. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 108-109. *Pena de muerte*, pp. 59-60. La cita es de la II-II, q. 64, a. 2.

²⁶ *S. Th. II-II, q. 64, a. 2, ad 3um*. Cfr. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, pp. 279-280. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, pp. 113. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 108-109. *Pena de muerte*, pp. 59-60. La cita es de la II-II, q. 64, a. 2.

4. No es lícito a la persona particular decretar la pena de muerte

Santo Tomás dice que no es lícito a la persona particular condenar a muerte al delincuente, ya que sólo compete esto a la autoridad que tiene a su cargo la conservación de toda la sociedad: en su caso al príncipe, que tiene pública autoridad para cuidado del bien común. Con este principio concuerda que el soldado mate al enemigo por orden del príncipe, y que el verdugo mate al reo por orden del juez. Una bestia es por naturaleza distinta del hombre, de modo que para matarla, siendo salvaje, no se requiere juicio alguno. Si perteneciese a alguien sí, en atención al perjuicio que con ello sufriría el dueño. Como el hombre pecador es por naturaleza igual al justo, hace falta un juicio público para decidir si se le debe matar atendiendo al bien común. «Todo sacrificio de la parte al todo en el orden humano ha de ser decidido por quienes tienen la misión de velar por el bien común»²⁷.

5. Inviolabilidad de la vida humana inocente

Blázquez expone que santo Tomás es consciente de los grandes abusos que se pueden cometer con la pena de muerte, y que, como contrapartida, insiste en la inviolabilidad absoluta de la vida inocente. Recoge la *Respuesta* del artículo 6: «Se puede considerar a un hombre de dos modos: en sí mismo y por comparación a otro. Considerando al hombre en sí mismo, no es lícito quitar la vida a nadie, puesto que en todo hombre, aun pecador, debemos amar la naturaleza, que Dios ha hecho y que la muerte destruye. Según se ha expuesto (a. 2), la occisión del pecador sólo se hace lícita en

²⁷ *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, pp. 281. Cfr. *S. Th. II-II*, q. 64. a. 2, ad 1^{um}, ad 2^m y ad 3^{um}. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, pp. 280-281. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, pp. 114-115. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 110-111. *Pena de muerte*, pp. 61-62.

atención al bien común, que se destruye por el pecado; mientras que la vida de los justos es conservadora y promotora del bien común, ya que ellos son la parte más elegida de la multitud. Por esta razón, de ningún modo es lícito matar al inocente». Santo Tomás expone tanto la actitud que debe seguir el juez, si sospecha que el acusado lo es injustamente; como la del verdugo, en el caso de que le parezca manifiestamente injusta la condena. El primero debe continuar indagando, y si es necesario y posible remitir el juicio a un tribunal superior. Si no fuese posible demostrar la inocencia del inocente la responsabilidad moral de su muerte caería sobre los falsos acusadores. El verdugo sólo se puede oponer a ejecutar la sentencia si ésta tiene un error intolerable²⁸.

6. Pena de muerte y ejercicio del ministerio sacerdotal

El Aquinate razona que no es compatible con el ministerio sacerdotal dictar condenas a muerte. Nuestro autor recoge la argumentación del Santo en la siguiente cita: «No es lícito a los clérigos matar por dos razones: primera, porque son elegidos para el ministerio del altar, en el que se representa la pasión de Cristo sacrificado, el cual, siendo maltratado, no maltrataba, como escribe San Pedro; y, por consiguiente, no es propio de los clérigos herir o matar, porque los ministros deben imitar a su Señor, según la Escritura: *Como sea el juez del pueblo, así sus ministros*. Segunda, porque a los clérigos está encomendado el ministerio de la nueva ley, en la cual no se establece ninguna pena o mutilación. Por tanto, para que sean ministros idóneos del Nuevo Testamento, deben abstenerse de tales cosas»²⁹. Blázquez continúa su exposición diciendo que razones habría en el Antiguo Testamento para dictar esas sentencias judiciales (de muerte, se entiende), «pero ahora estamos en el Nuevo, en el que tales castigos han sido

²⁸ Cfr. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, pp. 281-282. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, pp. 115-116. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 111-112. *Pena de muerte*, pp. 62-63. II-II, q. 64 a.6.

²⁹ II-II, q. 64 a. 4

suprimidos»³⁰. No, obstante, según acabamos de exponer, más que de abolición se dice que en la nueva ley no se establece ninguna pena o mutilación. El matiz nos parece interesante.

Santo Tomás expone que, en atención a su alta misión espiritual, los eclesiásticos deben abstenerse de participar en ese tipo de actividades. Blázquez recoge otra cita: «Los preladados de las iglesias reciben el oficio de príncipes de la tierra, no para que ellos mismos ejerzan por sí sentencias de muerte, sino para que la ejerzan otros tribunales por su autoridad»³¹. Poco después, entendemos que para sugerir cierta incoherencia por parte de santo Tomás, el autor dice que éste «reconoce que la muerte de un hombre objetivamente es siempre un homicidio y entraña una *irregularidad* incompensable, cualquiera que sea el motivo por el que tal muerte ha lugar»³². El adjetivo «incompensable» no aparece en la *solución* que, en el marco de la legítima defensa, está dando a la tercera dificultad planteada en artículo 7 de la cuestión 64. Acto seguido el autor cita: «El acto de homicidio, aunque sea sin culpa, entraña una irregularidad; así en el caso del juez que condena a muerte a alguien en justicia; igualmente el clérigo, si al defenderse mata a alguien, incurre en irregularidad, aunque no tuviera intención de matarle, sino de defenderse a sí mismo»³³.

³⁰ *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 282.

³¹ *Ibidem*. La cita es la solución II-II, q. 64, a. 4 ad 3um.

³² *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 282.

³³ La cita es la solución II-II, q. 64 a. 8 ad 3um. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 282. Evidentemente en este párrafo el Santo no está refutando que sea lícita la legítima defensa al clérigo. No obstante, llama la atención que nuestro autor, haya consignado para hablar de la pena de muerte una cita relativa a la legítima defensa, siendo él contrario a que se trate la pena de muerte en el contexto de la legítima defensa. Para el epígrafe que venimos tratando cfr. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 282. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, pp. 116-117. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 112-114. *Pena de muerte*, pp. 63-64.

7. Observaciones críticas de Blázquez a la tesis de santo Tomás

El autor expone su crítica a la postura tomista en las cuatro obras que venimos tratando³⁴. A continuación enunciamos algunas de sus ideas: Santo Tomás aborda el tema de la pena de muerte «más con la mentalidad de un filósofo aristotélico, preocupado por el todo social, que como teólogo cristiano, que saca conclusiones directamente del Evangelio con fines pastorales»³⁵. Su argumentación es fría, carente de la profusión de alusiones a la misericordia que encontramos en san Agustín. Cuando trata el tema por *causa de herejía*, el Aquinate da por supuesto el derecho del Estado a instituir la pena capital y que la Iglesia puede reconocerlo, como si de esa manera quedase a salvo el espíritu del Evangelio y como si bastase que el juicio ofreciese un mínimo de garantías. La cita de san Jerónimo sería el único argumento y su interpretación de ésta parece forzada. Al tratar el asunto en el caso de los *cismáticos*, propone un argumento por analogía que es discutible: la muerte no puede tener carácter medicinal porque «su efecto inmediato objetivo es producir la muerte del reo. Y esto en virtud de una decisión voluntaria y libre»³⁶. Si se habla de bien común, el bien más

³⁴ Cfr. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, pp. 284-290. *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, pp. 119-128. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 116-128. *Pena de muerte*, pp. 66-76.

³⁵ *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 284.

³⁶ *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 285. En sus obras posteriores el autor hace unas consideraciones en las que muestra su comprensión con la postura de santo Tomás como «hijo de su tiempo», una época en la que que «religiosa y socialmente la herejía y el cisma eran considerados al modo como lo era la idolatría en el Antiguo Testamento dentro del contexto judaico»: *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, p. 120. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 118. *Pena de muerte*, p. 67. El autor comenta que la mentalidad cristiana medieval era «propensa a pensar que la fe puede ser impuesta por la coacción abierta y que la unidad de la Iglesia puede ser también impuesta por la fuerza en determinados casos», «por estas razones pensamos que, si santo Tomás tuviera que tratar el tema de la

común que hay que tener en cuenta es la vida, incluida la de los delincuentes. «Un efecto objetivo malo, como es la muerte del reo, jamás podrá justificarse en nombre de una intención buena. El fin bueno intencional jamás podrá justificar el uso de medios objetivamente malos, como es la pena de muerte»³⁷.

También discute Blázquez los argumentos empleados en la cuestión 64 de la II-II. Dice que éstos han convencido a muchos durante mucho tiempo, y que incluso él estuvo durante algún tiempo persuadido de su validez objetiva. Pasa después a exponer sus objeciones. Lo esencial de la cuestión estaría en el artículo 2. El 1 sería una introducción. Los artículos 3 a 8 responderían a la casuística, que se juzgaría a partir de lo aportado en el artículo 2.

Ya expuso, al tratar de la pena de muerte y los malhechores, que lo imperfecto se ordena a lo perfecto y la parte al todo. Objeta que «toda parte» tiene en el texto tomasiano un sentido *universal*, que le parece

pena de muerte a la altura de nuestro tiempo, lo haría de una forma más adecuada al diálogo ecuménico y con una visión más amplia del mundo en general y del misterio de la fe y de la unidad de la Iglesia deseada por Cristo para sus discípulos»: *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, p. 120. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 118. *Pena de muerte*, p. 68.

³⁷ *La pena de muerte.-Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás*, pp. 119-120. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 117. *Pena de muerte*, p. 67. No vemos cómo se puede conjugar esta posición del autor con el concepto de pena en san Agustín que él expone, y con el que no manifestó ninguna discrepancia. En la mente de san Agustín no deja de ser un mal lo que recibe el malhechor, como pago "automático" a su conducta. Otra cosa es si de este mal puede servirse para su conversión. Cfr. El epígrafe *San Agustín y las penas en general*, en el capítulo I del presente trabajo. En este sentido nos parece interesante que santo Tomás se plantee la dificultad de si imponer algo objetivamente malo (como es la privación de libertad para un ser naturalmente libre) no será ilícito. Cfr. II-II, q. 65 a. 3. Que la pena es un mal objetivo que sufre el reo es obvio, indiscutible y no por ello injusto: es una retribución negativa, como corresponde a un delito. Con esto no queremos decir que la pena de muerte sea un castigo justo, ni mucho menos adecuado.

preocupante porque puede degenerar en una mentalidad totalitarista³⁸. Luego comenta que no le parece adecuada la analogía de la mutilación terapéutica para estudiar «si se puede o no condenar a muerte a ciertos criminales en nombre de la justicia bajo la razón formal del bien común. Lo cual supone *objetivamente* o implica la destrucción deliberada por decreto judicial de la vida del reo»³⁹. Vuelve a decir que el fin bueno en la intención no justifica el mal objetivo en la ejecución. «El fin bueno no justifica medios malos, como en sí misma es la muerte para el que la padece»⁴⁰. Considera que aplicando de modo literal el principio del todo y las partes respectivamente a la comunidad y al hombre, al *amputar* la persona se le está matando en nombre del bien común. Para Blázquez es evidente que Santo Tomás no tiene en cuenta suficientemente el significado de la ley nueva «en la que, como él mismo reconoce de acuerdo con la tradición, al desarrollar las cuestiones relativas a la ley, la pena de muerte ha sido suprimida por Cristo»⁴¹. Nuestro autor rechaza la alusión a *I Cor.*, 5, 6 por referirse en ella el Apóstol a la excomunión, y no a la pena de muerte; también rechaza a alusión a las citas de *Ex.* 22, 18 y del salmo 100, 8, que por ser veterotestamentarias y favorables a la pena de muerte carecerían de valor probativo por haber abolido Cristo la ley del talión. Blázquez se extraña de que el Aquinate no nombre esta abolición en los *sed contra*⁴². Considera que ha cometido el fallo de que la conclusión no se ha deducido

³⁸ Cfr. *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 286.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 286-287. Como aquí Blázquez no nos concreta más el lugar donde el Santo reconoce que la pena de muerte ha sido abolida por Cristo, entendemos que se refiere a lo tratado en el epígrafe de *la pena de muerte y el ministerio sacerdotal*. Ya comentamos que, a nuestro entender, no es lo mismo decir que en la nueva ley no se establece ninguna pena o mutilación -que es lo que dice santo Tomás en la II-II, q. 64 a. 4-, que decir que la pena de muerte ha sido suprimida por Cristo. En la II-II, q. 64 a. 4, el Aquinate se plantea la cuestión de si es lícito a los clérigos matar a los malhechores.

⁴²Cfr. *ibidem*, p. 287.

de la antropología teológica neotestamentaria, ni «de la tradición más constante en la Iglesia hasta el siglo XII»⁴³, ni de la tradición pastoral de Padres como san Agustín; «la conclusión está deducida del *principio aristotélico del todo y las partes*, aplicando a las relaciones sociales con sentido meramente racional y propenso al totalitarismo, en el sentido de sacrificio absoluto de la parte al todo. Creemos incluso que no salva suficientemente la analogía, deslizándose hacia la *univocación del concepto de parte*»⁴⁴. En línea con lo anterior señala que el hombre no es parte de la sociedad del mismo modo en que lo es el brazo en el cuerpo, ya que «la persona no se ordena como a su *fin último* a la sociedad, de la que forma parte (...) el fin último de toda persona humana individual trasciende a la comunidad. La vida del delincuente no es propiedad de la sociedad, ni se ordena a ella como a su fin último, que es Dios»⁴⁵.

Continúa sus observaciones críticas comentando la respuesta a la dificultad del texto de Ez 18, 23 ; 33, 11, en el que se señala que Dios no quiere la muerte del pecador sino que se convierta y viva. El Aquinate señala que la justicia imita a Dios tanto cuando no condena a muerte a los pecadores -para darles la oportunidad de convertirse-, como cuando elimina a los funestos. Blázquez considera que «la pena de muerte *objetivamente hablando*, tiene más de usurpación por parte del hombre de los poderes de Dios que de imitación ejemplar de su justicia»⁴⁶. La comparación de ciertos malhechores con las bestias le parece inadecuada, así como la del castigo de éstos con los de aquéllas, porque un hombre, por

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*. La lectura de Blázquez en «clave política contemporánea» no parece tener mucho sentido. En cualquier caso ese «sacrificio absoluto», no es un «sacrificio arbitrario», sino que pretende ser una retribución justa.

⁴⁵ *Ibidem*. Nos parece conveniente hacer las siguientes observaciones: toda analogía tiene sus limitaciones. Suscribimos las afirmaciones señaladas en esta nota, pero toda analogía requiere un cierto acuerdo entre interlocutores. El individuo no deja necesariamente de alcanzar el fin último porque se le condene a muerte.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 288.

mucho que se degrade, nunca es una bestia hablando con propiedad. Aquí el Santo se habría dejado arrastrar por Aristóteles⁴⁷.

Pasa el autor a comentar lo que él refiere como la *casuística* que surge después de aceptar como ética la pena de muerte. Dice del discurso de santo Tomás relativo a estos artículos que es perfectamente coherente pero que adolece de los defectos inherentes a la tesis fundamental. Así le parece chocante que si la pena de muerte es algo bueno, se deba excluir radicalmente a los clérigos de esa forma de administrar justicia: «si se trata de hacer algo éticamente bueno, ¿por qué los eclesiásticos no han de poder hacerlo?»⁴⁸. «Lo que objetivamente es bueno no parece que haya de ser objeto de discriminación»⁴⁹. En esta línea argumental da a entender que santo Tomás intenta «salvar de algún modo el espíritu de la ley nueva, contrario a la pena de muerte, sin menoscabo de la tesis expuesta a favor de ella. En efecto, por una parte reconoce en el artículo 4 que la pena de muerte es incompatible con el Evangelio, por más que estuviera establecida en el Antiguo Testamento. Por otra parte, nos dice que la supresión de la pena capital en el Evangelio se entiende para los eclesiásticos, no para los poderes civiles»⁵⁰. Esta distinción entre las capacidades de los poderes eclesiásticos y civiles le parece que peca de escolasticismo, porque el

⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*. Aunque sea obvio, parece que el autor olvida que hay muchas cosas lícitas (no nos referimos aquí con esto a la pena de muerte) vedadas a los clérigos.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*. No obstante, como ya comentamos, más que reconocer Santo Tomás que la pena de muerte es incompatible con el Evangelio lo que dice es que en la nueva ley no se establece ninguna pena o mutilación corporal. Cfr. II-II, q. 64 a. 4. En general nos parece que el autor no ha captado en profundidad el *dualismo* que Cristo introduce en la sociedad, de modo que la autonomía relativa de la que goza la autoridad política respecto de la religiosa obliga a estudiar con cuidado hasta qué punto (y de qué modo) un precepto moral -como puede ser el perdón a los enemigos- sea trasladable del ámbito de la ética personal a aquél otro de la ética política.

mandato del perdón no sólo es para los eclesiásticos, sino también para los poderes civiles y los laicos en general.

Discrepa Blázquez incluso en el punto del derecho a la vida de los inocentes. No en la conclusión, sino en el sentido de que intenta mostrar incoherencia por parte de santo Tomás entre su argumentación sobre la pena de muerte y lo que dice respecto del homicidio del inocente: «Después de distinguir entre la dimensión *personal* y la *social* del individuo humano, afirma categóricamente que *la vida de toda persona humana, en sí misma considerada, es inviolable, aunque se trate de la vida de un pecador*. La razón alegada es porque esa naturaleza, que se destruye con la muerte, es obra de Dios»⁵¹. La frase de santo Tomás parece estar inspirada en textos de san Agustín que ya vimos al tratar las penas en general en el hiponense. Blázquez nos dice que san Agustín insistía en que hay que reprimir el pecado, pero respetando la vida del pecador, que es obra de Dios. San Agustín, nos dice, fue coherente siempre con este principio en el terreno teórico y en el práctico; en cambio santo Tomás lo enuncia «pero después se olvida por completo de él, fijándose exclusivamente en la dimensión social del hombre. Y en lugar de concluir de acuerdo con la premisa teológica, que implica dicho principio, como hiciera san Agustín, concluye de acuerdo con el principio del todo y las partes, aplicando(lo) a las relaciones sociales presididas por el bien común»⁵². «Mentalmente es posible partir al hombre en dos distinguiendo su dimensión individual y su dimensión social. Pero en la realidad objetiva esa distinción, válida en el orden del

⁵¹ *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 289. Blázquez se refiere a la respuesta de la II-II q. 64 a. 6. La cursiva del texto de Blázquez no se puede considerar cita literal de santo Tomás. En la traducción de la B.A.C., Madrid 1956, el texto que quieren reflejar las palabras de Blázquez es: «Considerando el hombre en sí mismo, no es lícito quitar la vida a nadie, puesto que en todo hombre, aun pecador, debemos amar la naturaleza, que Dios ha hecho y que la muerte destruye». Continúa santo Tomás, remitiéndonos al artículo 2, diciendo que la muerte del pecador sólo se hace lícita en atención al bien común.

⁵² *La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 289.

conocimiento, es irrelevante en el orden de la realidad. Al hombre real no se le puede partir en dos (su individualidad y su sociabilidad) pensando que, de esta manera, se salva el respeto a su realidad individual destruyendo su ser integral con la pena de muerte por razones intencionales de orden social»⁵³. «Cualesquiera que sean los motivos o intenciones que inspiren la pena de muerte, *objetivamente* hablando es imposible compaginar el respeto incondicional a la vida de *todo individuo humano*, con la destrucción efectiva de la misma mediante la pena de muerte»⁵⁴. Blázquez sigue su argumentación señalando «que no se puede tomar una decisión mortal sobre la *realidad* individual de una persona basados en una distinción *mental*, válida sólo en el orden del conocedor. Una cosa es poder distinguir a nivel de conocimiento y otra destruir a nivel de realidad. Una vez más cabe repetir que las buenas intenciones en el orden intencional jamás podrán justificar la realización de acciones objetivamente malas en el orden de la realidad. Ahora bien, la pena de muerte lleva consigo una acción cuyo efecto inmediato objetivo es intrínsecamente malo, cual es el destruir una vida humana concreta»⁵⁵. Antes de acabar su crítica recuerda que santo Tomás mismo vio cómo incluso en el caso de la defensa personal la muerte de un hombre por otro hombre lleva consigo una *irregularidad* incompensable. Ya vimos que el adjetivo «incompensable» lo añade nuestro autor. Acaba con las siguientes palabras: «Según nuestro modesto parecer, su conclusión formal nos resulta *teológicamente falsa y filosóficamente deficiente y discutible*. Observamos ciertos defectos de metodología teológica y de exégesis bíblica, así como una tendencia muy marcada hacia el *univocismo* al aplicar el principio del todo y las partes al campo de las relaciones humanas en nombre del bien común»⁵⁶.

⁵³ *Ibidem*, pp. 289-290.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 290.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

Hemos hecho algunas observaciones al hilo tanto de la exposición de nuestro autor sobre la argumentación de santo Tomás, como de su crítica a ésta. Sin entrar ahora a valorar la postura del Aquinate, nos parece oportuno añadir unas consideraciones: Si dejamos aparte los aspectos que ya ha criticado el autor en otras argumentaciones, podemos reducir las objeciones de Blázquez a la tesis tomista básicamente a dos: ni el método teológico, ni -dentro de él-, las analogías empleadas, le parecen adecuados.

Estas objeciones suponen, a nuestro entender, por lo menos, un anacronismo metodológico, valga la expresión. Tratándose de una *Summa* no se puede esperar que Tomás de Aquino trate el tema con la misma extensión con que lo trataría en un *De poena capitali*. Además, si pensásemos en un esquema clásico en los tratados de teología actuales como el de abordar sistemáticamente la cuestión a través de la Sagrada Escritura, Tradición y Magisterio, nos encontraríamos con la *desagradable sorpresa* de tener muchos textos veterotestamentarios relativos a la pena capital y ni uno solo neotestamentario en el que se hable explícitamente de la misma. Tendríamos más textos abordando los autores de los primeros siglos, pero no tantos si quisiéramos demostrar una oposición a la misma desde el punto de vista meramente ético. Otro tanto ocurre con lo relativo al Magisterio⁵⁷. En estas circunstancias nos parece normal que santo Tomás extrajese *datos* para su análisis también del modo de funcionar de las instituciones jurídicas de su época. No es el suyo un ejercicio de mera especulación filosófica, aunque pese mucho en su percepción la postura de Aristóteles. Aun percibiendo intuitivamente una cierta oposición entre los mandatos relativos a la caridad con el prójimo y la pena de muerte, de la formulación de aquéllos a la negación ética de ésta no hay un paso automático que permita prescindir de otras consideraciones⁵⁸.

⁵⁷ Este juicio lo hacemos considerando los diversos textos que el autor va abordando a través de sus obras.

⁵⁸ A nuestro entender, incluso una justa apreciación de la argumentación sobre la *defensa* de la pena de muerte contra cismáticos y herejes requiere una *aproximación*. Así puede entenderse que en una sociedad cristiana medieval, con

En las objeciones que hace el autor a la analogía entre los *binomios* hombre-sociedad y miembro-cuerpo o a aquella otra entre el pecador y las bestias, Blázquez no parece buscar el *diálogo* con un autor de una época pasada con el que discrepa, sino que se opone a él de modo frontal. Nos parece que la primera de estas analogías refleja bien el carácter *traumático* que para la sociedad tiene la aplicación de una pena de muerte, y la idea de que sólo se aplica si no hay otro remedio. En la segunda cualquiera puede deducir que, efectivamente, sea más fácil de entender el comportamiento nocivo instintivo de una alimaña que el comportamiento de una criatura libre que decide dañar; en ese sentido es peor: que, pudiendo hacer el bien o el mal, elige hacer el mal.

C. Francisco de Vitoria

En su exposición sobre la argumentación de Francisco de Vitoria nuestro autor dirá que sigue sin ninguna reserva la tesis de santo Tomás, pero teniendo en cuenta el contexto sociológico, religioso y cultural de su tiempo, lo que le lleva a la *discusión* con protestantes y escotistas⁵⁹. Pasamos a resumir la argumentación del burgalés según Blázquez.

sus limitaciones y carencias pero al menos culturalmente cristiana, se pudiera percibir como perteneciente al bien común lo relativo a la fe, y que, por tanto, se atribuyese cierta competencia al poder civil en su defensa. Evidentemente ocho siglos de historia no han transcurrido en vano, de modo que hoy la Iglesia percibe como perteneciente al bien común la libertad religiosa.

⁵⁹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 129. *Pena de muerte*, p. 77. El autor nos remitirá para los *Comentarios* de la Suma Teológica a la edición de Vicente Beltrán de Heredia, Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vols. I, II y III, Salamanca 1932, Biblioteca de teólogos españoles; y para las *Relecciones* a la edición de Teófilo Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria*, Madrid 1960. Los citamos en adelante respectivamente como *Comentarios* o como *Relecciones*.

1. Pena de muerte contra herejes y cismáticos

De Vitoria señala que, según santo Tomás, los herejes merecen como tales la pena de muerte, pero que la Iglesia hace bien tolerándolos para evitar daños mayores a la fe. Comenta la postura de los seguidores de Juan de Wicklef y de los luteranos. Éstos dicen que los herejes no deben ser castigados, sino que se les debe amonestar para que crean si lo desean. Francisco de Vitoria comentará que dicen esto en propio interés, por el miedo de ser entregados a la hoguera. En la parábola de la cizaña, ésta correspondería a los herejes, que no deberían ser eliminados en el tiempo presente, sino tolerados hasta el fin de los tiempos. Añaden que los infieles no han de ser forzados o coaccionados a abrazar la fe, porque «el creer es un acto voluntario. Nadie puede creer contra su voluntad. Dios respeta la libertad del hombre en orden a que elija el bien o el mal libremente. Por la misma razón hay que respetar la libertad de los herejes, que no es negada a los infieles»⁶⁰. A estas razones contesta Vitoria exponiendo la praxis vigente en la época: la entrega de los herejes al brazo secular⁶¹.

2. Argumentación relativa a la Sagrada Escritura y a san Agustín

Vitoria sabe que san Agustín evolucionó en su postura respecto al trato que debía darse a los herejes. Ya hemos visto que el Santo pasó de una postura tolerante, en la que buscaba resolver los problemas mediante el diálogo, a una visión más *realista*, tras ver los efectos negativos que tenían las violencias de los donatistas. Según Vitoria, tal como nos cuenta Blázquez, san Agustín vio como conveniente para la salud espiritual de los cristianos que los herejes fueran neutralizados incluso con el recurso a la pena capital. De su interpretación de diversas citas agustinianas y de la praxis penal en vigor el burgalés concluye que pensar que los herejes no

⁶⁰ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 131. Cfr. *Pena de muerte*, p. 78.

⁶¹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 131. *Pena de muerte*, p. 78.

deben ser quemados equivale a pensar como ellos y a favorecer su causa⁶². Además habría lugares bíblicos que apoyarían esto. Según *Deut.* 13, 1-5 deben ser eliminados quienes inducen a la rebelión contra Dios; como esto es lo que hacen los herejes, también ellos deben ser eliminados, y es óptima la ley que prevea esa forma de castigo. Ananías y Safira fueron entregados a la muerte por san Pedro por intentar engañar al Espíritu Santo sobre el precio de unos terrenos. Con mayor motivo merecerían la muerte los herejes. Según san Pablo en su carta a los Romanos todos deben estar sometidos a las autoridades superiores, porque toda autoridad viene de Dios. Quienes resisten a la autoridad atraen sobre sí la condenación, ya que el magistrado es temible para los que obran el mal, porque corresponde a los príncipes castigarlos. Los delincuentes temen con razón, porque no en vano lleva la espada el ministro de la autoridad. Si el príncipe puede castigar con la muerte a los ladrones, con mayor motivo puede hacer lo propio con los herejes, que representan un daño mayor para la sociedad. «Sería sorprendente que se castigara a los que blasfeman contra el rey y no a los herejes, que son blasfemos contra Dios»⁶³.

3. La pena de muerte contra los perniciosos sociales y la postura del Beato Duns Escoto

Vitoria trata la pena de muerte «como en su lugar propio en el tratado sobre la justicia y en el contexto del derecho natural humano a la vida, cuya negación más radical es el homicidio»⁶⁴.

Sostiene con santo Tomás que es lícito matar a los hombres perniciosos para la sociedad, y emplea la misma analogía de la amputación del miembro podrido que daña la salud del cuerpo. Aborda las dificultades

⁶² Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 131-132. *Pena de muerte*, pp. 78-79.

⁶³ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 133. Cfr. *Pena de muerte*, p. 80. El autor nos remite a *Comentarios*, I, p. 222 y *Comentarios*, II, p. 275.

⁶⁴ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 134. Cfr. *Pena de muerte*, p. 81.

planteadas por Escoto y los escotistas, quienes, en su interpretación del «no matarás», entienden que se debe respetar también la vida del hombre pernicioso, porque sigue siendo hombre. Vitoria señala que por parte de los doctores no existe una interpretación unánime de este precepto, y se plantea si admite excepciones o no.

Según nuestro autor la postura del Beato es que el precepto del Decálogo debe interpretarse en sentido absoluto, de modo que éste prohíbe cualquier muerte de hombre por el hombre de forma deliberada, sea bueno o malo, independientemente de cuál sea la autoridad invocada, pública o privada. «La prohibición del homicidio debe entenderse “ut iacet”, es decir, literal y absolutamente, válida lo mismo tratándose de hombres inocentes como de culpables»⁶⁵, de modo que «si en algún caso fuera lícito matar, lo sería sólo en virtud de alguna *excepción* hecha por Dios en la ley»⁶⁶. Esta excepción tendría que constar en la Escritura, aunque fuese el caso de un pernicioso. Así ocurría con la blasfemia y el adulterio. Pero el simple robo no podría castigarse con la muerte porque en la Sagrada Escritura no se castigó con esa dureza. Considerando el trato dado por Cristo al caso de la mujer sorprendida en adulterio, Cristo habría anulado el castigo veterotestamentario previsto para las adúlteras⁶⁷.

4. Respuesta de Francisco de Vitoria a la postura de Escoto

Vitoria argumenta que el derecho divino no prohíbe lo que de por sí es bueno y laudable, como lo es matar al hombre homicida y traidor. Por tanto el precepto «no matarás» no prohíbe que se aplique la pena de muerte al homicida ni al traidor. Pensar lo contrario sería irracional. «Según Vitoria,

⁶⁵ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 135. Cfr. *Pena de muerte*, p. 82.

⁶⁶ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 135. Cfr. *Pena de muerte*, p. 82. El autor nos remite a *In quartum Sententiarum*, d. 15, q. III, *Opera Omnia*, París 1894, vol. 18, pp. 357-390.

⁶⁷ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 134-135. *Pena de muerte*, p. 82.

el que un hombre pernicioso para toda la comunidad muera para evitar que toda ella perezca por su culpa es una exigencia del derecho natural»⁶⁸. Hará diversas consideraciones relativas al derecho natural: aunque en la Sagrada Escritura no se ordene la muerte de los que son perniciosos para la sociedad, eso no obsta para que sea justo: lo es, porque es un imperativo del derecho natural. El derecho divino sólo prohibiría lo que es malo. Así está comúnmente admitido que se puede rechazar la fuerza con la fuerza, lo que frecuentemente lleva a la muerte del invasor. Pero el precepto no prohíbe la muerte del invasor, luego la prohibición que ahí se señala no tiene sentido absoluto. Aunque Francisco de Vitoria reconozca que sean casos distintos, porque en este último entra la razón formal de legítima defensa, el ejemplo le sirve para ilustrar su razonamiento: quiere llegar a ver qué es lo que realmente prohíbe el «no matarás». Argüirá, contra la tesis de Escoto, que si antes de la ley mosaica era lícito condenar al homicida y al traidor, o bien era lícito de suyo o lo era por alguna excepción. Como no consta que Dios *excluyera* del precepto general de respetar la vida los casos de la adúltera ni del blasfemo y sí que consta que unas veces era lícito matar y otras no, no se puede decir que los casos en que se puede matar sean excepciones a ese mandato, sino que no caían bajo el mismo. En definitiva: la interpretación de dicho mandato en sentido literal y absoluto no tiene sentido si en algunos casos la pena de muerte estuvo permitida⁶⁹. Así expresará su deseo de precisar: «Siendo este precepto de *No matar* absoluto, como nos consta por certeza que en algunas ocasiones puede matarse, con razón debe discutirse qué es lo que en él se prohíbe y cómo se prohíbe el homicidio»⁷⁰. Vitoria defenderá que no es que haya excepciones, sino que la ley no prohíbe lo que es de suyo bueno (aquí se entiende que matar a la adúltera se considera acto de justicia), y que no hace falta excepción a una ley para justificar algo que no cae bajo ella. Así “matar al injusto invasor” no se hizo justo porque la ley lo exceptúe: ya era

⁶⁸ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 136. Cfr. *Pena de muerte*, p. 83.

⁶⁹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 136-137. *Pena de muerte*, pp. 83-84.

⁷⁰ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 137. Cfr. *Pena de muerte*, p. 84.

justo porque no caía bajo ella. Continúa Vitoria su argumentación en *diálogo* con los que dicen que el precepto de *No matar* prohíbe sólo matar al inocente, apoyándose para ello en *Ex. 23, 6* donde se lee «No matarás al inocente y al justo». En contra de esa interpretación Vitoria hace considerar que si un particular mata a un pecador o a un criminal, atenta contra el precepto y es reo de homicidio, de modo que el *no matarás* prohíbe la muerte del inocente como del culpable. Llegamos de este modo al paso siguiente: el mandamiento prohibiría dar la muerte sólo por la propia autoridad. También el burgalés discute esto: es claro que si el Estado o el rey dieran muerte al inocente quebrantarían este precepto: no es que se prohíba absolutamente matar al particular y se le permita a la autoridad pública. Tampoco se puede decir que el que mata en legítima defensa lo hace con pública autoridad: éste la tiene recibida de Dios, por medio del derecho natural⁷¹.

Vitoria sostendrá que el precepto del que venimos hablando es de derecho natural, y que no se puede interpretar en sentido absoluto porque habría que hablar de excepciones, como sostenía Escoto; pero esto es falso porque ni la ley de Moisés ni la de Cristo dispensan jamás de la ley natural. Sostiene que es opinión común que dicho precepto no se ha de interpretar en sentido absoluto. Vitoria entiende que es ética la pena de muerte contra ladrones y contra adúlteras. Reconoce que el precepto que mandaba la muerte de estas últimas fue abolido por Cristo, como todos los preceptos de la antigua ley que no son de ley natural, como los judiciales y los ceremoniales. Así el delito de blasfemia quedó fuera del alcance de la pena de muerte. Pero los preceptos judiciales pueden ser puestos de nuevo en vigor por las leyes humanas, no como preceptos de la ley antigua, pero sí en nombre de la justicia y del bien común. Por otro lado dice que Escoto se equivoca cuando piensa que la escena en la que presentan ante Cristo a una mujer sorprendida en adulterio supone la supresión de la pena de muerte por esta causa. Cristo habría mostrado sólo que aquellos acusadores no eran dignos de condenarla, y que quizá no había testigos suficientes.

⁷¹Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 138-139. *Pena de muerte*, pp. 84-85.

Incluso la invitación de Cristo a lanzar la primera piedra a aquel que se viese inocente podría ser un reconocimiento implícito de la licitud de la condena⁷².

5. Respuesta a matizaciones escotistas

Algunos seguidores de Escoto intentaron conciliar su postura con la aceptación ética de la pena de muerte para algunos casos no previstos en la ley antigua. El Beato no sólo entendería como lícito matar en los casos exceptuados por Dios en la ley escrita, sino también en aquellos otros que exceptúa la ley natural. Aunque Vitoria duda de que ésa sea la postura de Escoto, dice que ese modo de pensar refuerza la interpretación común de que el «no matarás» veterotestamentario no debe entenderse en sentido absoluto, como pretendía Escoto. Vitoria rechazará, como ya vimos, las matizaciones sobre si lo que se prohíbe es la muerte del inocente, sea por autoridad pública o privada, o si lo que se prohíbe es la muerte a título privado. Tampoco valdría interpretar meramente como que se prohíbe siempre, tanto a la autoridad como al particular, matar al inocente, y que se prohíbe matar al malhechor a título privado. Si fuese así se podrían castigar desproporcionalmente delitos menores⁷³.

6. El pensamiento de Vitoria sobre la pena de muerte

Vitoria sostiene que los preceptos del decálogo son de derecho natural, de modo que lo que se prohíbe en esos mandatos se mantiene prohibido tanto en la ley antigua como en la nueva: lo que es de derecho natural es inmutable. Así si en la ley nueva está prohibido condenar a muerte a la adúltera, debió de estarlo en la antigua. Como no es así, se concluye que

⁷² Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 139-141. *Pena de muerte*, pp. 86-87. El autor nos remite a *Relecciones*, 1106-1109 y *Comentarios*, III, p. 278.

⁷³ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 141-142. *Pena de muerte*, pp. 87-88.

esa condena a muerte no caería dentro de lo que prohíbe el quinto mandamiento. El «no matarás» es de derecho natural y no positivo: la luz natural nos dice siempre que el homicidio es pecado e ilícito. En línea con lo ya dicho continúa diciendo que ese precepto fue siempre igual: antes y después de la ley, y también una vez recibida la ley nueva, porque la ley natural ni cambia, ni se deroga, ni se limita, ni se amplía. Por ello se propone examinar a la luz de la razón y del derecho natural qué es lo que se prohíbe o no se prohíbe con este precepto. El «no matarás» prohíbe sólo el homicidio que es malo de por sí, tanto si lo ejecuta poder público como persona particular, o si quien lo sufre es culpable o inocente. El precepto no señala a quién sea permitido matar, sino a quién no se ha de matar. Se condena el homicidio que es malo por su propia naturaleza: aquél que atenta contra el derecho natural. No habría que fijarse, dice Vitoria, en las excepciones o permisos que la ley (divina) conceda. Esas excepciones y permisos eran preceptos que ya no rigen o preceptos morales que explican el derecho natural. El homicidio no es malo porque está prohibido, sino que está prohibido porque es malo. Son cuestiones distintas a quién y cuándo se puede matar, y saber quién puede matar: a veces es un mal que mate la autoridad pública⁷⁴.

Francisco de Vitoria distingue entre el modo de matar accidental e indirecto, como ocurre en la legítima defensa, y el del juez, que tiene intención y voluntad de matar. Hablando del homicidio intencionado dirá, siguiendo a santo Tomás, que sólo es lícito, en el ámbito del derecho natural, matar al hombre que es pernicioso para la república. Jamás será lícito matar al inocente, ni tampoco a los culpables o malhechores que no sean perniciosos para la sociedad. Esta prohibición no puede violarse ni a título privado ni en nombre de la autoridad pública. Emplea la comparación de los binomios miembro-cuerpo y hombre-sociedad que empleó santo Tomás y dirá que atendiendo sólo al derecho divino y natural, es lícito matar al hombre nocivo a la república. «Y aunque esto no

⁷⁴ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 142-145. *Pena de muerte*, pp. 88-91. El autor nos remite a *Comentarios*, III, p. 282 y a *Relecciones*, pp. 1109-1110.

esté escrito en el derecho divino, es bien sabido por la ley natural que el mayor bien debe preferirse al menor, y el bien común al bien particular»⁷⁵.

Como la defensa de la sociedad contra los hombres perniciosos corresponde por naturaleza a las personas investidas en autoridad pública, sólo la autoridad pública puede matar lícitamente al hombre pernicioso. Esto vendría confirmado por *Rom. 13, 4*: «no en vano lleva la espada. Pues es ministro de Dios, vengador para castigo del que obra el mal». Nunca es lícito al particular matar directamente y con intención. Cualquier otro tipo de homicidio intencionado está prohibido por el precepto del Decálogo y es malo por derecho natural. Hablando del suicidio dirá que nadie es juez sobre sí mismo, de modo que a nadie le sería lícito suicidarse aunque fuera digno de muerte y nocivo a la república⁷⁶.

7. Origen de la autoridad para decretar la pena de muerte

Vitoria considera que el Estado recibe ese poder de Dios, y se apoya en el texto de *Rom. 13, 1-7*. La causa material en que reside ese poder sería, por derecho natural y divino, la misma república, a la que compete gobernarse a sí misma y administrar y dirigir al bien común todos sus poderes. Por derecho natural y divino hay un poder de gobernar la república. Dejando aparte el derecho positivo y humano no habría motivo especial para que el poder residiese más en uno que en otro, por lo que es necesario que la misma sociedad se baste a sí misma y tenga poder de gobernarse. La república tiene el poder de defenderse con la fuerza contra la fuerza, pues no hay ninguna razón en contrario. Y lo tiene también sobre sus ciudadanos en orden al todo y a la conservación del bien común. Como matar a un hombre está prohibido por derecho divino, la autoridad para darle muerte tiene que estar concedida por derecho divino. «Ahora bien, la

⁷⁵ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 146. Cfr. *Pena de muerte*, p. 91. El autor nos remite a *Comentarios*, III, pp. 282-283 y a *Relecciones*, p. 1110.

⁷⁶ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 146-147. *Pena de muerte*, pp. 92-93. El autor nos remite a *Comentarios*, III, p. 283 y a *Relecciones*, p. 1111.

república, como consta por usos y costumbres, tiene la autoridad de condenar a muerte a un hombre. Luego la tiene por derecho divino»⁷⁷. Esta autoridad no puede tenerla por derecho positivo, si bien de hecho es innegable que existen reyes y príncipes tiranos y opresores de la libertad humana.

8. Crítica de Blázquez a la argumentación de Francisco de Vitoria

Crítica nuestro autor que sea Vitoria un seguidor fiel y acrítico de santo Tomás. «Su posición es *apologética* y nada crítica»⁷⁸. Lo único que haría sería contrarrestar los argumentos de los opositores de santo Tomás, añadiendo algunas citas de la Sagrada Escritura y de san Agustín.

Blázquez discute el uso que este autor hace de las obras de san Agustín. Nos remite a su obra *La pena de muerte en san Agustín* y nos resume: El hiponense admitió que su absoluta tolerancia inicial frente a los herejes era fruto de su inexperiencia y evolucionó hacia posturas más intransigentes, pero sin llegar jamás a justificar la pena de muerte, fiel a su principio de que hay que reprimir el pecado, pero respetando la naturaleza del hombre, que es obra de Dios⁷⁹. Se detiene Blázquez en la consideración que hace de la parábola del trigo y la cizaña. Para Vitoria se trata de un argumento a favor de la pena de muerte. Blázquez sostiene que san Agustín hacía una lectura de la parábola con la que se refería a la excomunión y no a la pena de muerte, dejando a Dios el castigo final: trigo y cizaña coexisten en la tierra.

⁷⁷ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 148. Cfr. *Pena de muerte*, p. 93.

⁷⁸ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 149. Cfr. *Pena de muerte*, p. 94.

⁷⁹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 149-152. *Pena de muerte*, pp. 95-97. Por no extendernos más no comentamos las citas en cuestión. La postura de Blázquez sobre el pensamiento de san Agustín ya ha sido largamente expuesta en el capítulo anterior.

Hablando del uso de la Sagrada Escritura dice: «las citas del Antiguo Testamento para defender la pena de muerte en el Nuevo Testamento carecen teológicamente de autoridad o valor probativo, ya que esa práctica penal ha sido expresamente abolida en la economía de la ley nueva o Evangelio»⁸⁰. Rechaza la interpretación del episodio de Ananías y Safira como argumento a favor de la pena de muerte contra herejes. Interpreta como mero recurso retórico la alusión de san Pablo al *ius gladii* de Rom. 13, 3-4, pareciéndole una temeridad pensar que san Pablo tenga interés en defender la pena de muerte, ya que Cristo se ha opuesto a esa práctica con su conducta y su enseñanza, aboliendo la ley del talión⁸¹.

Contra los argumentos de Francisco de Vitoria ante los luteranos y los seguidores de Wicklef, dirá que no le parece serio que diga que defendiendo la vida del hereje están defendiendo su propia causa. Por otra parte el hecho de que la praxis jurídica vigente sea desfavorable a los herejes, no le parece un argumento válido: «como si la fuente del derecho se encontrara en los hechos consumados»⁸². Como si una opresión de hecho se justificase por sí misma. Perdonará a Francisco de Vitoria el uso de algún argumento *ad hominem*, por tratarse de un contexto polémico. «De todos modos esa forma de argumentar a las razones del contrario, no son propias de una auténtica metodología científica»⁸³. Echa en cara a Vitoria que deje sin responder el argumento sobre la libertad para creer, que él mismo sostiene.

Del *debate* entre la posición voluntarista de Escoto y la que él llama «iusnaturalista», del burgalés, dirá que le parece inaceptable la postura del primero. «Ambos, sin embargo, están condicionados por una mentalidad demasiado *apologética* y anclados en el Antiguo Testamento con falta de

⁸⁰ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 154. Cfr. *Pena de muerte*, p. 98.

⁸¹ Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 154-155. *Pena de muerte*, pp. 98-100.

⁸² *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 156. Cfr. *Pena de muerte*, p. 100.

⁸³ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 156. Cfr. *Pena de muerte*, p. 100.

perspectiva histórica en la comprensión de la historia de la revelación»⁸⁴. Afirma que Vitoria tiene razón «al afirmar que el sentido del precepto no es absoluto, sino *legal*. La prohibición legal del homicidio no era incompatible en la Antigua Alianza con la pena de muerte de acuerdo con lo establecido por la ley»⁸⁵. Nuestro autor dirá que tanto Duns Escoto como Francisco de Vitoria se equivocan al querer sacar partido de un precepto del Antiguo Testamento. Y que ese precepto –no aclara cuál–, aunque supuso un avance desde el punto de vista moral-histórico-sociológico (respecto de los pueblos vecinos al Israel veterotestamentario) resulta todavía imperfecto. Por el contexto deducimos que ahora se refiere a la ley del talión, pero no ha tratado de ésta en el «diálogo» entre Francisco de Vitoria y los escotistas. Continúa diciendo: «Escoto y Vitoria hacen tal vez demasiada *apologética* del Antiguo Testamento en este caso concreto y poca exégesis bíblica del progreso de la moral en la ley nueva o Evangelio. Vitoria afirma genialmente el derecho fundamental del hombre a la vida, pero, condicionado por ese defecto de óptica metodológica, sigue manteniendo la validez moral de la pena de muerte como perfectamente compatible con la moral perfeccionada del Nuevo Testamento»⁸⁶.

Sobre el argumento del todo y las partes nuestro autor dice que «Vitoria no aporta nada nuevo a los argumentos de santo Tomás»⁸⁷, que da por

⁸⁴ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 156. Cfr. *Pena de muerte*, p. 101.

⁸⁵ *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 156-157. Cfr. *Pena de muerte*, p. 101. Si *legal* se puede entender como opuesto a «natural», no parece, a nuestro entender, que Blázquez haya querido captar el sentido de lo que dice Vitoria. El burgalés intenta acotar el sentido del «no matarás», ver qué cae bajo este precepto. Blázquez en cambio, al calificarlo de «legal», se permitirá eludir la difícil cuestión que Duns Escoto había intentado resolver con «excepciones» dadas por Dios, y que Francisco de Vitoria estudió con seriedad: la ley divina pudo permitir condenas a muerte porque éstas no caían bajo el «no matarás». Con esto no queremos decir que nos parezca totalmente sostenible la tesis de Francisco de Vitoria.

⁸⁶ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 157. Cfr. *Pena de muerte*, p. 101.

⁸⁷ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 157. Cfr. *Pena de muerte*, p. 101.

supuesto el burgalés que las razones de santo Tomás son incuestionables. Blázquez comprende la argumentación de Vitoria en su contexto histórico, pero dice que «a la luz de los principios de la moral más rigurosamente cristiana es inaceptable»⁸⁸. «Vitoria tiene el mérito de haber afirmado solemnemente el carácter fundamental del derecho humano a la vida, como lo hiciera el Aquinate. Pero no saca todas las consecuencias de este principio»⁸⁹. Dice que está demasiado condicionado por la autoridad de santo Tomás, por las circunstancias religiosas y sociales del momento y por un defecto de perspectiva histórica; y que no le ha sacado el partido que cabría esperar al progreso moral que supone la nueva ley respecto de la antigua. Aun afirmando todo esto reconoce que cuando Vitoria comenta otras cuestiones abordadas por santo Tomás lo hace de modo genial y que, como gran maestro, «aun cuando se equivoca se revela como un maestro que enseña y ayuda a esclarecer los problemas que somete a su estudio»⁹⁰.

Por nuestra parte nos limitamos a decir que parece un anacronismo dedicarse a *rebatir* a finales del siglo XX, con todo el magisterio aportado en el Vaticano II sobre la libertad religiosa, los argumentos de Vitoria sobre la represión de la herejía. Más interés tiene la cuestión de armonizar la moral del Antiguo Testamento y ley natural. A nuestro entender en ese sentido hay una mayor comprensión del problema por parte de Vitoria que por parte de Blázquez.

D. Teología abolicionista postconciliar

Nuestro autor dedica unas páginas de su libro *Pena de muerte* al estudio del argumento en los autores contemporáneos. Afirma con cierto tono de queja: «desde 1970 los moralistas han tratado con relativa frecuencia de la

⁸⁸ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 158. Cfr. *Pena de muerte*, p. 102.

⁸⁹ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 158. Cfr. *Pena de muerte*, p. 102.

⁹⁰ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 158. Cfr. *Pena de muerte*, p. 102.

pena de muerte sin que se haya progresado gran cosa en la valoración objetiva de tan magno castigo»⁹¹. Pasamos a reseñar su estudio de tales autores.

1. Bernard Häring

Este autor recuerda que los pueblos paganos antiguos castigaron a los blasfemos con la pena de muerte, y que también lo hizo Justiniano. Hablando de los estados modernos dice que muchos de ellos han suprimido la pena de muerte sea por considerarla inhumana, sea porque se niega al Estado el derecho sobre la vida y muerte de los ciudadanos. La opinión de Häring es que si bien es claro que el Estado no puede disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos, no se puede negar tampoco su derecho coercitivo para proteger de los atentados criminales tanto las personas como sus derechos y libertades fundamentales; así «no se le puede negar el derecho de infligir la pena de muerte a los grandes criminales cuando ello parece necesario para salvaguardar los intereses de la comunidad»⁹². Häring señala que «tal derecho es expresamente reconocido por la Sagrada Escritura»⁹³, y cita entre otros textos veterotestamentarios *Gen 9, 6* y *Núm 35, 16-19*. «Según Häring, estos pasajes del AT por sí solos lo más que prueban es que la pena de muerte pudo ser justa y aun necesaria en aquella etapa de la humanidad precristiana. “El pretender que esa severa determinación obliga aún ahora en el tiempo de la gracia neotestamentaria sería violentar el carácter de mansedumbre que la distingue”»⁹⁴. Häring dirá que en el Nuevo Testamento no existe ningún pasaje en el que se imponga ese castigo, pero que sí que se reconoce como legítimo que, si es necesario, la autoridad la imponga a veces. El texto al

⁹¹ *Pena de muerte*, p. 130.

⁹² *Ibidem*, p. 131.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

que se refiere es al de *Rom 13, 4*. También afirmará que «todos estos textos de la Sagrada Escritura, junto con la tradición unánime del cristianismo, muestran que no es justo negar, en principio, al Estado el derecho de imponer la pena de muerte»⁹⁵. Apelará después a la clemencia y a la objetividad en el proceso, apoyándose también en el Antiguo Testamento. Afirmará que, según la tradición cristiana, el Estado tiene también el derecho de gracia, que le permite evitar emplear ese castigo⁹⁶. Hará otras consideraciones sobre la posibilidad de establecer como norma general el derecho de gracia y no el de imponer la pena capital, ya que la abolición de la pena de muerte ni debilita el sentido de la justicia ni hace que aumente la criminalidad. Además, cualquier otro castigo puede ser expiatorio, y se reserva a Dios el juicio sobre la reparación de los males causados. Tampoco se puede olvidar que hay estados que cometen crímenes masivos. Tras recoger todas estas consideraciones y mostrar su asombro por cómo las concluye Häring, Blázquez citará: «Pero, por lo general, siempre se puede afirmar lo siguiente: la excesiva benignidad con los criminales es una verdadera crueldad con los inocentes, quienes se ven privados de toda protección eficaz. Es inadmisibles que el Estado lleve a sus contemplaciones hasta la completa impunidad, por ejemplo, de los que practican el infanticidio a sangre fría, o asesinan sin compasión inocentes criaturas en el seno de sus madres»⁹⁷.

En opinión de nuestro autor Häring se queda muy corto en la valoración ética de la pena de muerte. Repetirá lo ya dicho a propósito de otros autores: Cristo ha abolido la ley del tali3n y por tanto la pena de muerte; *Rom. 13, 4* no es un argumento a favor de la pena de muerte; no existe esa tradici3n unánime cristiana a favor de la pena de muerte en casos límite; Häring ha tratado el tema alimentándose de los t3picos comunes recibidos de la tradici3n escolástica o académica. Le reconoce buena voluntad y

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 132.

⁹⁷ *Ibidem*. Blázquez, nos remite a: B. Häring, *La Ley de Cristo*, Barcelona 1970, Vol. II, p. 216, y Vol. III, pp. 148-150.

concluye: «En cualquier caso su postura teológicamente abolicionista es testimonialmente de un valor inmenso y constituye una aportación práctica que enlaza con la praxis cristiana más realista y respetable»⁹⁸.

2. *Karl Hörmann*

Hörmann afirma que no se puede negar a la suprema autoridad civil el derecho de instituir y aplicar la pena de muerte contra determinados criminales y en determinadas circunstancias. Se apoya en el Antiguo Testamento, en santo Tomás, en Pío XII, en Häring y en *Rom. 13, 4*, «de cuya exégesis pasa de largo, como casi todos los autores que citan ese lugar paulino»⁹⁹. Blázquez se indigna contra este autor. Dirá que «es un verdadero apologista de la pena de muerte». Entre sus errores estarían los siguientes: cita a san Agustín para apoyar la pena capital, afirma que el quinto mandamiento protege sólo a los inocentes, no hace alusión a la rectificación de la ley hecha por Cristo. «Termina diciendo, como quien se bebe un vaso de agua, que con la pena de muerte no se ofende a la dignidad humana ni se niega al reo la oportunidad de corregirse. Tampoco se comete un acto de inhumanidad y hasta en algunos casos puede resultar necesaria para el progreso»¹⁰⁰. Nuestro autor, para acabar su crítica dirá: «Este autor trata el tema de la pena de muerte con una frialdad y falta de sentido evangélico espeluznantes. No es catalogable ni siquiera entre los abolicionistas pragmáticos de inspiración política. Uno saca la impresión de que Cristo y la ley nueva le tienen sin cuidado»¹⁰¹.

⁹⁸ *Pena de muerte*, p. 133.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*. El autor nos remite a K. Hörmann, *Diccionario de moral cristiana*, Barcelona 1975, pp. 958-963.

¹⁰¹ *Pena de muerte*, p. 134.

3. *Marciano Vidal*

Nos cuenta Blázquez que este autor se ha limitado a recoger textualmente un párrafo de la homilía de mons. Iniesta, pronunciada el 4 de octubre de 1975. Las ideas básicas recogidas por Blázquez son: Desde la ética cristiana no se puede negar ese derecho al Estado, los argumentos que se aducen son de orden racional como la intimidación o la compensación del mal injustamente causado. Gran parte de la sociedad piensa que se debe abolir la pena de muerte. La pena de muerte no tiene efecto disuasorio para los delincuentes más peligrosos. Con la pena de muerte no es posible que el reo se regenere. Los errores en el dictamen de esa sentencia son irreparables. Mejor sería combinar la prisión con «sistemas nuevos de reeducación humana y social»¹⁰². «Marciano Vidal no hace una valoración personal de esta opinión abolicionista»¹⁰³.

4. *Antonio Beristain*

Este autor afronta el tema que nos ocupa desde la perspectiva jurídica. Blázquez nos expresa su pensamiento: «el mensaje neotestamentario ofrece unas coordenadas abstractas y valoraciones dinámicas acerca de la vida y de la muerte. Pero no formula una respuesta concreta a la cuestión sobre la licitud de la pena de muerte»¹⁰⁴.

Expresando después su opinión personal, Beristain dice que el mensaje del Nuevo Testamento no admite la justificación de la pena de muerte en los países desarrollados. Antes había señalado los requisitos «católicos» de la pena: utilidad real, dignidad de la pena y necesidad de la misma. Aplicándolos a la pena de muerte concluye que ésta es innecesaria, indigna

¹⁰² *Ibidem*. El autor nos remite a M. Vidal, *Moral de actitudes*, Vol. II, Madrid 1977, pp. 217-219.

¹⁰³ *Pena de muerte*, p. 134.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 134-135.

e inútil. Es una pena corporal relacionada con la opresión y la venganza, y destruye la imagen de Dios. «Es un asunto en el que está en juego la dignidad misma o esencia del hombre por lo que no puede ser resuelto desde coordenadas políticas. Lo indigno de la naturaleza humana debe ser pura y simplemente eliminado»¹⁰⁵. Este castigo sería desfavorable al bien común, porque tiene efectos criminógenos e induce al crimen. No produce efectos intimidativos. Ni su abolición hace que aumente la delincuencia, ni su imposición la reduce. «La experiencia demuestra que la aplicación de la pena de muerte viola de hecho las condiciones que la moral católica más ortodoxa exige en la aplicación de las penas en general. “A la luz de la teología católica –concluye Beristain- la pena de muerte no puede admitirse, pues le faltan los requisitos elementales que el evangelio exige a toda sanción penal” »¹⁰⁶.

5. *Francesco Compagnoni*

Blázquez nos hace un resumen de un artículo de F. Compagnoni que pretende ser un recorrido histórico por el pensamiento cristiano contra la pena de muerte. Entre otras citas de autores de los primeros siglos está una de Lactancio en términos parecidos a la ya reseñada en el capítulo correspondiente. Quizá resulte un tanto chocante la inclusión del siguiente texto de Minucio Félix: «Para nosotros no es justo asistir a la ejecución de un hombre ni escuchar su relato; somos tan contrarios al derramamiento de sangre que ni siquiera comemos la sangre de los animales sacrificados»¹⁰⁷. Muchos de los «hitos» históricos ya han sido señalados a lo largo de

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 135.

¹⁰⁶ *Ibidem*. El autor nos remite a: A. Beristain, *El catolicismo ante la pena de muerte*, en “Iglesia Viva” 69 (1977), pp. 249-269.

¹⁰⁷ *Pena de muerte*, p. 136. La alusión a la sangre de los animales sacrificados, precisamente por tratarse de una cuestión ya superada, más que una razón contra de la pena de muerte puede parecer un argumento en sentido contrario: un indicio de que se está juzgando incorrectamente la pena capital.

nuestro trabajo, mediante la exposición de los textos de Blázquez, en estos dos primeros capítulos. Blázquez considera que «hace observaciones históricas muy acertadas que desmienten la presunta existencia de una tradición constante en la Iglesia favorable a la pena de muerte. Tal tradición, incluso a nivel meramente eclesiástico, no ha existido nunca. Menos aún como reflejo de la Tradición Apostólica»¹⁰⁸. Le parece no obstante que este autor no saca el partido debido a las fuentes, quedándose en una postura meramente abolicionista.

6. Antonio Hortelano

Antonio Hortelano hace lo que Blázquez llama un «análisis fundamentalmente histórico y enciclopédico». La pena de muerte nacería como una forma de venganza privada entre familias, clanes y tribus. Y se aplicaría contra un criminal que no pertenecía al propio grupo, «al estilo de la mafia italiana»¹⁰⁹. Con el tiempo se va imponiendo la supremacía del Estado sobre dichos grupos, de modo que asumirá la responsabilidad sobre la vida y la muerte de sus súbditos. En esta nueva situación el criterio para aplicar la pena de muerte será la perturbación del orden público por diversos tipos de delitos, los de herejía incluidos. La aparición del Cristianismo en la historia pone freno a esto, pero el reconocimiento oficial de la Iglesia por parte de Constantino tendría la contrapartida de que muchos cristianos se dejarían influir por la mentalidad rigorista de éste. También «san Ambrosio, antiguo jurisconsulto civil, nadaba entre dos aguas»¹¹⁰. En cambio los novacianos prohibían el acceso a los sacramentos a los jueces que aplicaban la pena de muerte. «San Agustín es considerado como abolicionista convencido, pero habría defendido explícitamente el presunto derecho del juez a dictar pena de muerte contra determinados

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 138. Nos remite a F. Compagnoni, *Pena de muerte y tortura en la tradición católica*, "Concilium" 140 (1978), pp. 689-706.

¹⁰⁹ *Pena de muerte*, p. 139.

¹¹⁰ *Ibidem*.

criminales. Del mismo sentir habrían sido san Cipriano y san Jerónimo. Sobre santo Tomás no cabe la menor duda sobre su apoyo teórico a la pena de muerte y su influencia decisiva hasta nuestros días»¹¹¹. A partir del siglo XVIII, con el abolicionismo filosófico de Beccaria, se iría tendiendo al abolicionismo jurídico del XIX. Se perfilaron dos *bandos*, unos defensores a ultranza de la pena de muerte; otros abolicionistas decididos. Los primeros, aparte de apelar a la compensación justa, alegaban la teoría lombrosiana de la constitución del cerebro. Los segundos abogaban por la rehabilitación social del reo, ponían en duda la ejemplaridad social de la pena de muerte y consideraban lo irreparable que podía ser un error judicial en este terreno. Actualmente prevalece el llamado abolicionismo teológico. Hay una sensibilidad más respetuosa hacia la persona del delincuente, en parte nacida del eco del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales. Se ven cada vez más dificultades teológicas para compaginar ese castigo con la conducta y el mensaje de Cristo. Nos dice Blázquez que Hortelano tiene en cuenta las llamadas circunstancias excepcionales para justificar la pena de muerte. Esas supuestas circunstancias son un peligro si se quiere acabar para siempre con el triste espectáculo de la pena de muerte. Acaba con una cita de Hortelano: «la pena de muerte no está de acuerdo ni con el respeto que se debe a la dignidad de la persona humana, ni con el dinamismo del amor que Jesús ha venido a traer al mundo»¹¹².

7. Bernardino M. Hernando

Blázquez comparte el pensamiento de este autor en lo relativo a la pena de muerte. Suscribe su afirmación de que el núcleo del asunto es la legitimidad absoluta de la pena de muerte. No se trata de ver las razones de conveniencia de su aplicación o no. «Es que la pena de muerte es

¹¹¹ *Ibidem*, p. 140.

¹¹² *Ibidem*, p. 141. Nos remite a: A. Hortelano, *Problemas actuales de Moral*, vol. II, Salamanca 1980, pp. 148-157.

ilegítima, ilegal, imposible en una situación de derecho civilizado y cuánto más de derechos humanizados con raíz religiosa. Esa es la cuestión. Todo lo demás viene después y no antes»¹¹³. «Un no a la muerte en todos sus aspectos violentos y antinaturales, porque ninguno de ellos puede ser querido por Dios. Y matar al asesino sólo es añadir muerte a la muerte (...). Para un cristiano parece claro que Alguien le preguntará siempre por su hermano»¹¹⁴.

8. *Ignacio Schinella*

Según expone Blázquez, este autor considera que «con la pena de muerte resulta prácticamente imposible superar el instinto de venganza con la medicina del perdón»¹¹⁵. Aunque sea inhumano que un criminal perpetre asesinatos, también lo es condenarlo a muerte. «La satisfacción que la ejecución del reo pueda producir es incompatible con la caridad cristiana y los sentimientos de perdón al enemigo. El rechazo formal de la pena de muerte está en perfecta coherencia con el ideal cristiano del perdón en la economía de la salvación, en la que no queda ni el menor resquicio para el odio y la venganza»¹¹⁶. Hablará de la existencia de un «homicidio de corazón» paralelo a ese adulterio de corazón de que hablaba Cristo. Desear la pena de muerte se podría considerar como «homicidio de corazón». En el ordenamiento jurídico debe insertarse la misericordia de Dios contra la venganza de los hombres. Es normal que muchos de los primeros cristianos encontraran repugnancia en el servicio militar y en la participación en juicios en los que podía emitirse una condena a muerte. «Esa participación fue considerada como impedimento decisivo para la ordenación sacerdotal.

¹¹³ *Pena de muerte*, p. 141.

¹¹⁴ *Ibidem*. Nos remite a B. M. Hernando, *La pena de muerte y los cristianos*, "Razón y Fe" (febrero 1988), pp. 145-153.

¹¹⁵ *Pena de muerte*, p. 141.

¹¹⁶ *Ibidem*.

En algunos casos ni siquiera eran recibidos esos jueces en el catecumenado»¹¹⁷. Sigue diciendo que la pena de muerte se impuso en la edad media como práctica normal, aunque no sin protestas. Pone como ejemplo la carta del Papa Nicolás I, de la que ya se habló en el capítulo I: la carta a Kan Boris, en la que le echa en cara la crueldad con que reprimió una rebelión. Se fue imponiendo la cultura dominante, «no siempre acorde con los cánones del humanismo cristiano»¹¹⁸. «Con el Concilio Vaticano II se habría inaugurado una era nueva que nos remite a las posiciones cristianas de los orígenes y en tal sentido se han pronunciado casi todas las Conferencias Episcopales del mundo»¹¹⁹.

9. Giacomo Perico

Giacomo Perico tiene un artículo un poco posterior a la primera edición del *Catecismo de la Iglesia Católica*. Blázquez nos expone su posición: Niega que la pena de muerte sea un castigo ejemplar ni disuasivo. «Es un castigo siempre desproporcionado que no supera su alianza con el instinto de venganza sofisticado por la ley»¹²⁰. Sería un castigo inútil porque no sólo no defiende a la sociedad de nada, sino que la mete en una rueda de violencia. «El poder del Estado no es omnipotente sino limitado»¹²¹. El Estado podría disponer de la libertad de ciertos súbditos, pero jamás de su vida integral. «A pesar de todo, Perico se muestra conformista con la mentalidad

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 142. No sabemos si se refiere con esto último a los novacianos.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*. El autor nos remite a I. Schinella, *Pena de morte e perdono*, "Rivista di Teologia Morale" 95 (1992), pp. 367-373.

¹²⁰ *Pena de muerte*, p. 142.

¹²¹ *Ibidem*.

abolicionista y se atiene sin ningún tipo de crítica al nº 2266 del *Catecismo*»¹²².

10. Eduardo López Azpitarte

López Azpitarte también publicó un artículo posterior a la presentación del *Catecismo*. Blázquez expone la opinión de este autor diciendo que según él «la Iglesia debería pedir abiertamente la abolición de la pena de muerte con la misma fuerza y coherencia que exige la desaparición de otras formas sociales de violencia contra la vida humana»¹²³, sin olvidar que «el juicio definitivo sobre la conducta de una persona hay que dejarlo en las manos de Dios»¹²⁴. López Azpitarte se queja de lo que él ve como una falta de coherencia: el punto nº 2266 no condena la pena de muerte con la misma fuerza y claridad con que condena el *Catecismo* el aborto y la eutanasia. «Incoherencia lamentable porque constituye un calzo a la credibilidad del magisterio eclesiástico, al menos para los más débiles»¹²⁵. «A muchos nos hubiera agradado más una actitud menos comprensiva frente a la pena de muerte, sobre todo, porque, desde los presupuestos apuntados, resulta más lógico y coherente su rechazo y abolición»¹²⁶.

¹²² *Ibidem*. El autor nos remite a G. Perico, *Ripristinare la pena di morte*, "Aggiornamenti Sociali" 1 (1993), pp. 23-37.

¹²³ *Pena de muerte*, p. 143.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*. Nos remite el autor a E. López Azpitarte, *Ética y vida. Desafíos actuales*, Madrid 1990, pp. 153-169.

E. Observaciones

Como el lector habrá podido observar a lo largo de las páginas que dedicamos a los teólogos posteriores a la época patrística, Blázquez es fiel a sus argumentos: 1) Identificación de la pena de muerte con «el instinto natural de venganza», 2) abolición de la pena de muerte por parte de Cristo, tanto por haber abolido la Ley Antigua en general, como por haber abolido la ley del tali3n, como por su esp3ritu de mansedumbre y por los mandatos de amar incluso a los enemigos.

No obstante, echamos en falta en 3l un *di3logo* con otras posturas. Ante la evidencia de que otros argumentos se mantienen a lo largo de la literatura teol3gica, como puede ser en la postura de H3ring la referencia a *Rom.* 13, 4, responde que se trata de t3picos. Evidentemente lo que san Pablo est3 planteando no es en s3 una argumentaci3n a favor de la pena de muerte. Pero es evidente tambi3n que si san Pablo habla del poder coercitivo de la autoridad p3blica con esa naturalidad, haciendo referencia incluso a la espada, con ello quiere decir algo. Y no es evidente, para nada, que san Pablo considere inmoral la pena de muerte.

Aunque dejemos para el 3ltimo cap3tulo las conclusiones queremos recoger alguna de las observaciones que hace G3nth3r sobre una toma de posici3n *conclusiva* acerca de la pena de muerte. Nos parecen equilibradas y muy adecuadas al cap3tulo que ahora acabamos.

- 1) El recurso a la revelaci3n divina contenida en la Sagrada Escritura no permite resolver de modo claro la cuesti3n.
- 2) Las afirmaciones magisteriales son por lo general ocasionales, y no son tomas de posici3n de alto nivel y plenamente definitivas: no se deben infravalorar ni tampoco considerarlas como afirmaciones magisteriales inmutables y v3lidas para todos los tiempos.
- 3) Asumen un peso decisivo las reflexiones basadas en la ley natural y la consideraci3n de los diversos motivos a favor y en contra.

Conviene incluso tener en cuenta la opinión de la mayoría de los hombres en una determinada época.

- 4) Como en este tema juegan un papel importante tantos puntos de vista, es extremadamente difícil, por no decir imposible, formular una tesis válida siempre y en todo lugar. Por ello conviene ser muy prudente también cuando se juzga una tesis contraria a la propia¹²⁷.

¹²⁷ Cfr. GÜNTHÖR, A., *Chiamata e risposta. Una nuova teologia morale*. III, n. 490., 3ª ed., Roma 1984, pp. 557-558 [tit. or.: *Anruf und Antwort. Eine neue Moralthologie. Band 3*].

CAPÍTULO III. ARGUMENTACIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA

A. Introducción

Llegado el momento de exponer la argumentación filosófico-jurídica de Niceto Blázquez en lo relativo a la pena capital, nos vemos obligados a hacer una introducción. Como veremos, el autor tratará de argumentar contra la pena de muerte en el marco de los derechos humanos. El esquema que seguiremos no tendrá la apariencia de un «recorrido continuo», sino tres «momentos»: el primero y el tercero son las posturas personales de Beccaria y Blázquez respectivamente. El segundo lo constituyen una serie de declaraciones de la ONU y de Amnistía Internacional. Quizá por ello el esquema quedará bastante asimétrico.

B. Cesare Beccaria

Nos cuenta Blázquez que la obra *Dei delitti e delle pene*, publicada en Livorno en 1764, constituyó el primer ataque abierto a la teoría tomista sobre la pena de muerte. Según nuestro autor fue puesto en el índice de libros prohibidos por sus presupuestos filosóficos racionalistas y por su desprecio hacia el derecho tradicional. Los maestros de Beccaria serían Montesquieu y Rousseau, que confiaban en la «bondad innata del hombre y en el progreso indefinido, bajo los auspicios de la sola razón endiosada»¹. Beccaria sostiene que los suplicios nunca han mejorado a los hombres. Por

¹ *La pena de muerte según santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 292. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 161. *Pena de muerte*, p. 105.

ello se propone estudiar si la pena de muerte es útil y justa en un gobierno bien organizado. Considera que sólo el derecho de soberanía, que confieren las leyes, podría justificar que unos hombres maten a otros aplicando la pena de muerte. Esto no tiene mucho sentido, dice, porque las leyes no son otra cosa que la suma de pequeñas porciones de libertad privada de cada uno, y representan la voluntad general que es el agregado de voluntades particulares. Cada uno sacrifica lo menos posible su libertad particular a favor de la voluntad general. Nadie ha querido jamás dejar en manos de otros la decisión de que le maten. Luego es absurdo que los particulares deleguen en la voluntad general el poder de decidir sobre sus propias vidas, que es lo más valioso que tienen. Como el hombre particular no tiene el derecho de matarse a sí mismo, tampoco lo puede delegar. Así considera que «la pena de muerte no es un derecho sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque juzga necesaria o útil la destrucción de un ser»². Beccaria pasa luego a demostrar que la pena de muerte no es útil ni necesaria, y lo hace a través de análisis psicológicos, según Blázquez. Insiste en que la eficacia de las penas depende más de su duración que de su intensidad. Para Beccaria abolir la pena de muerte es ganar la causa de la humanidad. Blázquez valora positivamente los esfuerzos de Beccaria. Dice que «su actitud no es más que la versión racionalista del humanismo cristiano»³ que la Iglesia tendría desde el primer momento, aun sufriendo diversas vicisitudes a lo largo de la historia. Critica nuestro autor la idea de que las leyes se basen en el *pacto social* y en nada más. Considera que Beccaria se contradice, porque mientras considera ilegítima de derecho la pena capital, admite razones para justificarla de hecho, de modo que se impondría la razón de estado a lo que él llama «racionalismo romántico y utópico». En dos casos se justificaría la pena de muerte:

² *La pena de muerte según santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 293. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 162. *Pena de muerte*, p. 106.

³ *La pena de muerte según santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 293. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 163. *Pena de muerte*, p. 106.

- 1) Cuando el delincuente «aun privado de libertad siga teniendo tales relaciones y tal poder que interese matarle por razones de seguridad social»⁴, que Blázquez lee como: cuando el reo sea peligroso para la forma de gobierno establecido. Nuestro autor, sin explicar gran cosa recoge otra cita: «La muerte de un ciudadano viene a ser necesaria cuando la nación recobra o pierde su libertad, o en el tiempo de la anarquía, cuando los desórdenes mismos hacen el papel de leyes»⁵.
- 2) Cuando la muerte del reo fuese el único modo de disuadir a los demás de cometer delitos. En ambos casos podría considerarse justa y necesaria la pena de muerte. Aun apreciando sus esfuerzos nuestro autor sentenciará: «resulta fácil apreciar los buenos propósitos humanísticos de Beccaria, pero también la falacia de su argumentación racionalista, que no escapa ni a la contradicción ni a la utopía»⁶.

⁴ *La pena de muerte según santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 293. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 163. *Pena de muerte*, p. 106.

⁵ *La pena de muerte según santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 293. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 163-164. *Pena de muerte*, pp. 106-107.

⁶ *La pena de muerte según santo Tomás y el abolicionismo moderno*, p. 293. Cfr. *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 164. *Pena de muerte*, p. 107. A lo largo del epígrafe Blázquez nos remite a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid 1974, pp. 114-124 y a A.Hortelano, *Problemas actuales de la moral*, Salamanca 1980, vol. II, p. 156.

C. Declaraciones de diversos organismos e instituciones

A continuación reseñamos brevemente algunas declaraciones de diversos organismos e instituciones, que nuestro autor recoge en *Pena de muerte*⁷.

1. *La Declaración Universal de los Derechos del Hombre*

El texto del artículo dice «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona»⁸. Blázquez, tras tratar brevemente en este epígrafe la historia de su redacción, explicará que la mente del anteproyecto no cuestiona la legitimidad de la pena capital. La propuesta anterior era: «Todo individuo tiene derecho a la vida. *Este derecho no puede ser rehusado más que a las personas que han sido condenadas conforme a la ley por un crimen merecedor de la pena de muerte*»⁹. Se quitó la alusión a la pena de muerte, porque algunos miembros de la comisión expresaron su deseo de que la ONU no declarase que aprobaba la pena capital. Así las cosas, no se reprueba la pena de muerte y se reconoce la existencia de una tendencia abolicionista¹⁰.

2. *El Pacto internacional de derechos civiles y políticos*

Nos dice el autor que la tendencia de las Naciones Unidas y de las instituciones y organismos dependientes de ellas es abolicionista, pero no

⁷ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 107-123.

⁸ *Pena de muerte*, p. 107.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Posteriormente volveremos a tratar de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

se niega a los estados el derecho a establecer ese castigo. Esto se ve en el pacto adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor en 1976. El artículo 6, entre otras cosas afirma:

- 1) el derecho a la vida es inherente a la persona humana y estará protegido por la ley, sin que nadie pueda ser privado de la vida arbitrariamente;
- 2) en los países que no hayan abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá aplicarse «por los más graves delitos, de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente»¹¹.
- 3) «Toda persona tendrá derecho a solicitar el indulto o a la conmutación de la pena»¹².
- 4) La pena de muerte no se impondrá por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad, ni se aplicará a mujeres embarazadas.
- 5) «Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital»¹³.

Blázquez nos dice que la mentalidad que se refleja en el texto es abolicionista, pero que en él se reconoce al Estado el derecho de implantar la pena capital. Repite alguna de las ideas recién citadas, entre otras que la condena a muerte no deberá aplicarse de forma arbitraria, sino tras dictar

¹¹ *Pena de muerte*, p. 109.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

sentencia firme el tribunal competente. «Se condenan los posibles abusos legales, pero no se cuestiona para nada la presunta honestidad moral de tamaño castigo, lo que se aviene mal con el reconocimiento de que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”. Cabe preguntarnos cómo es posible admitir racionalmente excepciones a lo que de suyo es inherente a la persona humana, es decir, un derecho absoluto»¹⁴. Nos dice Blázquez que aun teniendo el texto contradicciones internas, muestra que la mente del legislador anima a abolir la pena, atendiendo a los abusos que suelen acompañarla y a su manifiesta crueldad¹⁵.

La Asamblea general del 20 de diciembre de 1971 (Resolución 2357/XXVI) declaraba que para garantizar plenamente el derecho a la vida contemplado en el artículo tercero de la Declaración universal de los derechos humanos, se proponía la reducción progresiva del número de delitos a los que se aplica la pena capital, tendiendo a que finalmente ésta sea abolida en todos los países. En 1977 se reafirma esta postura.

En 1980 el Secretario general de las Naciones Unidas recordó que «quitar la vida a los seres humanos viola el respeto debido a la dignidad de la persona y al derecho de la vida proclamados por los postulados fundamentales de las Naciones Unidas»¹⁶. Nos cuenta nuestro autor que algunos países (Austria, Suecia, Ecuador y Alemania Federal) hicieron una propuesta en la que «se decía que la pena de muerte suscita serias cuestiones en relación con el respeto a la dignidad de todos los seres humanos y de todos los derechos, sobre todo por relación al derecho a la vida, que es el más fundamental de todos ellos»¹⁷. Según el texto el objetivo final debería ser la abolición de la pena de muerte en todo el mundo. La

¹⁴ *Ibidem*, p. 110.

¹⁵ Cfr. *ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*. El autor nos remite a *Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, documento ONU, A/Conf. 87/14/Rev. 1 (1981).

¹⁷ *Pena de muerte*, p. 111.

propuesta primero fue suavizada y después retirada al no llegarse a ningún acuerdo. Nuestro autor concluye: «la Asamblea de las Naciones Unidas no ha llegado a materializar en una declaración solemne los diversos intentos de salir del paso de la pena de muerte como castigo jurídico. En consecuencia, quedan en pie para efectos prácticos los principios enunciados en el Pacto Internacional de 1976»¹⁸.

En el ámbito del Consejo de Europa el movimiento abolicionista sí habría tenido un éxito mayor, ya que se pronunció a favor de la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz (Resolución 727, 22 de abril de 1980). En recomendación aparte la Asamblea invitaba a los países que mantenían la pena capital a alinearse con esta postura. El Parlamento Europeo hizo lo mismo en 1981. Nuestro autor augura que esto tendrá eco en las Naciones Unidas¹⁹.

Pasa después a comentar la ambigüedad de la expresión «por los más graves delitos», a la que antes nos referimos, ya que, comenta, hay baremos muy distintos en los diversos países para juzgar la gravedad de un delito. Haciéndose eco de boletines informativos publicados por Amnesty International, comenta que muchas de las ejecuciones son por delitos exclusivamente políticos. «Más serias todavía son las ejecuciones por delitos monetarios o comerciales y hasta por desviaciones sexuales y otras debilidades humanas»²⁰. También comenta la existencia de desapariciones que responden a *ejecuciones anónimas*. Continúa: «Es claro que la fórmula restrictiva referida a la gravedad del delito resulta vaga e indeterminada y no surte efectos prácticos dignos de consideración. Con un poco de sentido común cabe pensar que tal gravedad sólo existe cuando se ha violado el derecho sagrado de la vida ajena de forma voluntaria y responsable. La experiencia muestra que la gravedad se mide por la escala de los valores que se reconoce como válida, y esa escala axiológica varía

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr. *ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 112.

mucho según las diversas culturas y el desarrollo humano de las personas responsables de la justicia»²¹.

Nuestro autor resalta la restricción resultada de la amnistía, el indulto y la conmutación de la pena. «El texto del Pacto apunta así el ideal de humanidad en el que se incluye el perdón al presunto enemigo. Se reconoce implícitamente que el perdón es un valor moral superior a la estricta justicia»²². Ve Blázquez ahí un reflejo de la concepción cristiana de la vida humana, pero como postura le parece ilógica, una vez que se da por supuesto que la pena de muerte es algo honesto. «Da la impresión de que se perdona, no el delito, sino la vida del delincuente, sobre la cual podríamos disponer absolutamente hablando»²³. Subraya por último que la pena no se aplique con efectos retroactivos, sino según la legislación vigente cuando se cometió el delito, y también que no se aplique a quienes eran menores de edad legal cuando delinquieron, ni a mujeres embarazadas²⁴.

3. Los derechos de los condenados a muerte

Recoge nuestro autor un texto de las Naciones Unidas relativo a los derechos de los condenados a pena de muerte. Para no extendernos sólo añadimos los que suponen novedad respecto a lo recogido en el epígrafe anterior. A lo relativo a la gravedad de los delitos se añade la consideración de que debe tratarse de delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves. La pena de muerte sólo se podrá aplicar cuando se haya demostrado la culpabilidad con pruebas claras y convincentes, sin que quepa otra posible interpretación de

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ El autor nos remite a N. S. Rodley, *La pena di morte nella legislazione sui diritti umani*, en *La pena di morte nel mondo*, Casale Monferrato 1983, pp. 155-173.

los hechos. El acusado de un delito punible con la pena capital tiene derecho al asesoramiento de un letrado en todas las etapas del proceso. La pena capital debe aplicarse de manera que cause el menor sufrimiento posible²⁵.

4. Pena de muerte y terrorismo

El aumento del fenómeno del terrorismo a escala mundial, nos dice Blázquez, ha motivado algunos intentos de rehabilitar la pena de muerte. Sería un modo, según él, de sustituir la ley del talión por el lema «muerte a los que matan». Se hace eco de la opinión de Robert Badinter, que fue ministro de justicia francés. Éste consideraba una tremenda simplificación el pensar que instaurar la pena de muerte resolvería el problema del terrorismo: la pena capital no disuade a los terroristas, sino que les importa poco o nada. En algunos casos incluso los enardecería. «La profesión del terror ejerce una atracción inequívoca entre ciertos sectores de la juventud moderna, pronta para entregar la vida por alguna causa que realce sus sentimientos. A los ojos de cierto tipo de personas la ejecución de un terrorista trasciende al propio ejecutado convirtiéndole ante los demás en un hombre capaz de pagar con su vida el precio de su compromiso ideológico»²⁶. Así el terrorista pasaría a ser un héroe, y su muerte animaría a otros a seguir su camino. Por otra parte considera que si los países democráticos aplican ese castigo, los terroristas entenderán que ellos también pueden aplicarla a sus enemigos. Así se convierte esta pena en algo que genera más violencia. «La violencia genera más violencia y la pena de muerte es una violencia legalizada, que afecta directamente al

²⁵ Cfr. *Pena de muerte*, pp. 120-122.

²⁶ *Ibidem*, pp. 113-114.

fundamento mismo de todos los derechos humanos, cual es el derecho a la vida, aunque ésta se viva de una manera criminal»²⁷.

5. Declaraciones de Amnesty International

Nuestro autor recoge por su interés tres declaraciones de Amnistía Internacional, relativas a la pena de muerte

a) La Declaración de Estocolmo contra la pena de muerte

Esta declaración sobre la abolición de la pena de muerte lleva la fecha de 11 de diciembre de 1977. Tiene cinco apartados. Intentamos resumirlos a continuación:

- 1) *Recuerda que* la pena capital es un castigo definitivo, cruel, inhumano y degradante, que viola el derecho a la vida.
- 2) *Señala que* con frecuencia se utiliza la pena de muerte como medio de represión de grupos marginados por su ideología, raza, religión. La ejecución es un acto de violencia y la violencia genera violencia. La pena de muerte es brutalizante para todos los implicados en el proceso. Esta pena no es especialmente disuasiva. Muchas veces se aplica, de modo oculto e ilegal, contra *delitos* políticos. La ejecución es irrevocable y puede ser infligida a un ser inocente.
- 3) *Afirma que* es deber del Estado tutelar la vida de los que se hayan bajo su jurisdicción, sin excepción ninguna. Las ejecuciones por motivos políticos son inaceptables. La abolición de la pena capital se ordena fundamentalmente al logro de determinados niveles civiles proclamados en la sede internacional.

²⁷ *Ibidem*, p. 114. El autor nos remite a R. Badinter, en AI Index: Act. 05/27/85; D. Korff, *La pena di morte e il terrorismo*, en *La pena di morte nel mondo*, pp. 219-230. D.C. Rapoport, *La moral del terrorismo*, Barcelona 1985.

- 4) *Declara* su oposición total e incondicionada a la pena de muerte. Condena todas las ejecuciones en todas sus formas, sea por mandato o con la aprobación tácita de la autoridad. Declara su empeño a favor de la abolición universal de la pena capital.
- 5) *Invita* a las organizaciones no gubernativas, nacionales e internacionales, a la acción colectiva e individual de distribución de material informativo en el que se argumente a favor de la abolición. Invita a los gobiernos a que cesen inmediatamente de aplicar la pena de muerte y a las Naciones Unidas a que declaren sin ambigüedad que la pena de muerte es contraria al derecho internacional.

b) Declaración sobre las ejecuciones extrajudiciales

Entendemos que las ejecuciones extrajudiciales no entran dentro del tema de estudio, de modo que resumimos mucho el contenido del epígrafe que lleva este título en el libro que venimos reseñando. En él se recogen cifras de ejecuciones extrajudiciales en diversos países en los años 1979-1981. Se recoge la reacción de alarma de las Naciones Unidas ante estos hechos, y la declaración de la Conferencia Internacional de Amnesty International. De ella subrayamos que «el privar a un ser humano de la propia vida de forma arbitraria es un acto absolutamente injustificable en cualquier circunstancia y que los gobiernos tienen una responsabilidad fundamental en el asegurar la observancia de este principio»²⁸. Después pide a los gobiernos que pongan fin a estas prácticas y anima a la comunidad internacional a dar la máxima importancia a este tipo de ejecuciones, que se llevan a cabo con irregularidades de todo tipo, y sobre las que no hay ningún control: se trata de verdaderos crímenes. Declara que «los culpables deberían ser sometidos a una justicia universal, a proceso y a

²⁸ *Pena de muerte*, p. 117.

la extradición donde quiera que se encuentren»²⁹. No recogemos las recomendaciones, ya que van dirigidas a evitar las irregularidades en los procesos, y no guardan relación con la pena de muerte en sí³⁰.

Blázquez comentará que ni el movimiento abolicionista, ni Amnesty International, ni ningún documento inspirado «en la filosofía de las Naciones Unidas» llegan a la raíz de la cuestión, porque no se discute el problema ético propiamente dicho, sino que se considera desde un punto de vista pragmático: se busca la abolición y punto, pero no se discute si es ética en sí la pena de muerte. Nuestro autor dice que el problema no está en los abusos prácticos de una «ley penal supuestamente justa en determinadas circunstancias y de acuerdo con unas normas socialmente aceptadas»³¹. No bastaría denunciar con emoción e indignación lo que se hace. «Es preciso encontrar las *razones* últimas de esa forma de conducta y ver si son de suyo aceptables o no a la luz de los principios de la razón y no sólo de su repercusión práctica y emocional»³².

c) Declaración sobre la participación de personal sanitario en la pena de muerte

La Junta Médica Asesora de Amnistía Internacional preparó un documento en 1981 y lo revisó en 1988. En éste se recuerda el espíritu del juramento hipocrático, que lleva a dedicarse al bien de los pacientes sin

²⁹ *Ibidem*, p. 119.

³⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 119-120. No nos parece correcto desde el punto de vista metodológico incluir, dentro del estudio ético de la pena de muerte, las ejecuciones extrajudiciales. En su momento hicimos el mismo comentario respecto de la represión de una revuelta por parte del emperador Teodosio. En este sentido llama la atención la dedicatoria del autor en su monografía *Estado de derecho y pena de muerte: «A los estudiantes chinos de la primavera de Pekín 1989, víctimas del terrorismo de Estado»*.

³¹ *Pena de muerte*, p. 120.

³² *Ibidem*.

causarles daño jamás. También se recuerda la Declaración de Tokyo de la Asociación Médica Mundial, en la que se dice que no se puede hacer uso de conocimientos médicos de forma contraria a las leyes humanitarias. Se recuerda a su vez que la Asociación Médica Mundial, reunida en Lisboa en 1981, estableció que no es ética la participación de los médicos en la pena de muerte³³. Asimismo se recuerda que los Principios de Ética Médica de las Naciones Unidas imponen al personal de salud la obligación de negarse a cualquier relación profesional con los presos o detenidos cuya finalidad no sea evaluar, proteger o mejorar la salud física o mental de éstos. Declara que la participación de personal de salud en ejecuciones constituye una violación de la ética profesional, y exhorta a dicho personal a abstenerse de participar en las ejecuciones, y anima a las asociaciones de profesionales de la salud para que protejan al personal de salud que se niegue a participar en las ejecuciones y adopten medidas dirigidas a ese fin y promocionen la adhesión universal a esas normas³⁴. El autor acaba el epígrafe dedicado a este asunto diciendo: «es obvio que la participación del personal sanitario en la ejecución de un condenado a muerte resulta grotesco y ofensivo para la profesión médica, cuya noble misión consiste en ayudar a vivir a las personas y no a matarlas»³⁵.

³³ Se considera participación tanto el examen médico para determinar la aptitud física y mental para la ejecución, como la preparación, administración supervisión o asesoramiento de cualquier método empleado en la ejecución, como la realización de exámenes médicos durante las ejecuciones para que pueda continuar el procedimiento si el preso no ha muerto aún.

³⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 122-123. El autor nos remite a: Amnistía Internacional, *Cuando es el Estado el que mata*, Madrid 1989, pp. 302-303.

³⁵ *Pena de muerte*, p. 12.

D. Pensamiento del autor: la pena de muerte en relación con los derechos humanos

Para no dar lugar a equívocos recogemos unas palabras del autor, quien nos explica, en el capítulo III de su obra *Los derechos del hombre*, que hay «dos formas de abordar la cuestión de los derechos humanos. Una *política*, cuya *mística* se inspira en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas. Otra, verdaderamente *humana*, inspirada en el *derecho o ley natural* y en la *revelación cristiana*»³⁶. Esta segunda admite una exposición «histórica». De hecho la hace de modo sintético el autor en uno de sus artículos³⁷. Los hitos de esa exposición son los autores que hemos ido tratando a lo largo de los dos primeros capítulos del presente trabajo, de modo que ésta se situaría dentro de lo que hemos llamado *Argumentación Teológica* (I y II).

Comentaremos a continuación, por orden cronológico, diversas publicaciones del autor, a través de las cuales se aprecia su esfuerzo por perfilar el pensamiento relativo a los derechos humanos y, de un modo más concreto, su relación con la pena capital.

³⁶ BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *Los derechos del hombre. Reflexión sobre una crisis*. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1980, p. 42. En adelante nos referiremos a esta obra como *Los derechos del hombre. Reflexión sobre una crisis*.

³⁷ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *La pena de muerte y los derechos del hombre*, en "Studium" 23 (1983), pp. 17-45. El título de este artículo podría resultar engañoso, si no se tuviese en cuenta lo dicho arriba. En adelante nos referimos a este artículo como *La pena de muerte y los derechos del hombre*.

1. «Pena de muerte y derecho a la vida»³⁸

En este artículo se plantea el problema de la falta de unanimidad en el sentir ético, incluso entre los pensadores y legisladores cristianos, acerca de la moralidad de la pena de muerte. Señala que la pena capital no está condenada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, que tampoco condena el aborto ni la eutanasia. Dice que la pena de muerte sólo se cuestiona a partir de la entrada del cristianismo en la historia. Nuestro autor intentará enfocar la cuestión de la pena de muerte «teniendo en cuenta los fueros de la estricta razón humana y los de la revelación cristiana al mismo tiempo, en la inteligencia de que sólo fundiendo en un solo foco luminoso estas dos formas de conocimiento podemos descubrir una razón definitiva y objetivamente segura sobre la justicia o la injusticia de la pena capital»³⁹. Abordará primero el problema «a la luz de la sola razón», que en su caso será estudiar el ya visto argumento tomista del todo y las partes. Después hará ver la insuficiencia de este planteamiento y aportará nuevos elementos procedentes de la revelación cristiana, que ayudarán, dice, a resolver el problema. Dirá que «en todo caso damos por supuesto que la validez o ilegitimidad moral de dicho castigo es anterior a cualquier determinación legal a favor o en contra. El derecho que aquí se busca no es el que procede de la ley ya establecida, sino el que brota de la naturaleza de las cosas y sirve de fundamento a la ley»⁴⁰.

Como ya hemos comentado la postura del autor tanto en lo referente a la argumentación tomista como en lo que, según él, aporta el cristianismo a la visión correcta de la pena de muerte, sólo señalaremos algunas ideas de su

³⁸ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *Pena de muerte y derecho a la vida*, en "Arbor" (1978), pp. 447-455. En adelante citaremos este artículo como *Pena de muerte y derecho a la vida*.

³⁹ *Pena de muerte y derecho a la vida*, pp. 448-449.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 449.

exposición que nos parecen interesantes⁴¹. Así dirá que «en la práctica lo más seguro y acertado por parte de los responsables supremos de la justicia es evitar siempre la ejecución del reo. El perdón es siempre un valor moral superior a la justicia legal. La razón humana comprende sin gran esfuerzo que quien es capaz de perdonar es más admirable que el que no lo es»⁴².

Considera que «prescindiendo de la concepción cristiana de la vida humana, la institución legal de la pena de muerte es coherente con la razón y hasta cabe la posibilidad de que tal castigo sea impuesto por la legítima autoridad con buena fe y rectitud subjetiva de conciencia contra determinados criminales»⁴³. Pero esa decisión no podría considerarse cristiana. Llega a decir que «el legislador que decreta la pena de muerte, aunque sea cristiano, en ese acto concreto se comporta como si no lo fuera. En el mejor de los casos, es decir, aplicando literalmente y de buena fe el principio racional del todo y las partes, se comportaría como un honrado pagano. Ser cristiano y aplicar la pena de muerte es tristemente compatible como ser cristiano y violar la mujer del vecino»⁴⁴. La pena de muerte sería una usurpación del derecho radical de Dios sobre toda vida humana.

También dirá que la pena de muerte debe desaparecer, pero que, como el planteamiento exclusivamente racional de la cuestión es insuficiente,

⁴¹ No repetiremos sus consideraciones acerca del sacrificio de la parte por el todo, su planteamiento sobre pena de muerte y venganza, la distinción agustiniana entre naturaleza -obra de Dios- y pecado -obra del hombre-, amor al prójimo, etc.

⁴² *Pena de muerte y derecho a la vida*, p. 452. Nos parece apreciar, una vez más, una confusión de los planos de la ética personal y la político-jurídica en la mente del autor.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*. Parece verdaderamente desacertada esta consideración de Blázquez. No sólo no sabe explicarnos cómo concibe tanta diferencia entre la ética general y la moral cristiana a efectos de imperativos absolutos, sino que parece pensar que sólo esta segunda prohíbe el abuso sexual del cónyuge de un prójimo.

«quienes quieran defender válidamente la injusticia de la pena capital no tendrán más remedio que apoyarse en razones de inspiración cristiana»⁴⁵.

2. «Los derechos del hombre»⁴⁶

Ya señalamos de esta obra la consideración sobre los dos modos de hablar de derechos del hombre: una basada en las nociones que reflejan los escritos de las Naciones Unidas y otra, a la que se acoge Blázquez, basada en el derecho natural y el influjo del cristianismo. Nuestro autor se propone «la reconsideración *racional y objetiva* de los derechos del hombre como alternativa a la interpretación *política* de la ONU, basada en la arbitrariedad de los votos políticos al margen de las vinculaciones naturales del hombre con Dios, de la inteligencia respecto de la ley natural y la política de la moral humana»⁴⁷.

⁴⁵ *Pena de muerte y derecho a la vida*, p. 455.

⁴⁶ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., *Los derechos del hombre. Reflexión sobre una crisis*.

⁴⁷ *Los derechos del hombre*, p. 42. Aunque sea conveniente una reflexión sobre los derechos del hombre que no se base meramente en el *consenso*, nos parece que estas palabras del autor muestran una visión un tanto negativa de la vida política de la sociedad contemporánea. Como tendremos ocasión de ver, parte del problema puede estar en no haber desarrollado un pensamiento profundo en lo relativo a la especificidad de la ética política. Dicha especificidad nace del hecho de que «lo moral en sentido genérico y lo libre tienen exactamente la misma extensión» (RODRÍGUEZ LUÑO, Á., *Ética general*, quinta edición corregida, Eunsa, Barañáin 2004, p. 30). A nadie se le escapa hoy día que no sólo la vida privada, sino también la vida profesional, la vida económica, la vida política, etc., son realidades igualmente morales. Las cuestiones morales tienen siempre una índole personal que resulta evidente; quizá por ello sea la ética personal la que de un modo más patente se nos presente como “ética en sentido estricto”. En cualquier caso conviene conocer cómo se distinguen y cómo se relacionan entre sí la ética personal y la ética política. De una parte «sabemos que la conducta personal se ordena en vista del bien supremo o fin último del hombre» (*ibidem*), de otra «el desarrollo ético de la persona presupone ciertas

condiciones sociales y políticas, en función de las cuales el Estado puede exigir o impedir coactivamente ciertos comportamientos», con la “dificultad” que «la libertad personal es una de esas condiciones e incluso una de las más importantes, por lo que justamente se la considera como un derecho fundamental e inalienable de la persona» (*ibidem*). Desde el punto de vista práctico es una cuestión muy delicada la relativa al uso del poder coercitivo del Estado, cuestión que debe resolverse «según criterios de justicia, de dignidad y de oportunidad rigurosamente establecidos y cuidadosamente aplicados; de lo contrario se originan grandes males, tanto desde el punto de vista personal como desde el punto de vista político» (*ibidem*). Hay dos modos desenfocados de resolver la cuestión acerca de cómo el Estado deba facilitar el comportamiento ético de los ciudadanos respetando su libertad: «un modo inadecuado de resolver el problema consiste en pensar que la ética política debe ser un calco exacto de la ética personal» (*ibidem*), «otra solución inadecuada, actualmente muy extendida, es la que llamaremos *politización de la Ética*» (*ibidem*, p. 31). Para esta segunda concepción la ética sólo se ocuparía de las reglas de justicia estrictamente necesarias para garantizar la vida social. El Prof. Rodríguez Luño delimita así los campos respectivos de la ética personal y la ética política: «La ética personal se ocupa de todas las acciones realizadas por la persona individual en cuanto tal, también de aquellas que se refieren a la sociedad política (por ejemplo, pagar los impuestos), valorando la congruencia de esas acciones con el bien de la vida personal tomada como un todo o, lo que es lo mismo, valorando su moralidad, que comprende también la virtud de la justicia. La ética política se ocupa, en cambio, de las acciones realizadas por la sociedad política, es decir, la ética política dirige los actos a través de los cuales la sociedad política se da a sí misma una forma y una organización, constitucional, jurídica, fiscal, administrativa, económica, sanitaria, etc., valorando esa estructuración desde el punto de vista del fin propio de la comunidad política en cuanto tal, que es el bien común político. De la congruencia con el bien común político depende la moralidad de la forma que bajo diversos aspectos la sociedad política se da a sí misma. La ética política no es competente para determinar la moralidad de las acciones de la persona en cuanto tal, que es establecida por la ética personal» (*ibidem*, pp. 32-33). No obstante «las acciones personales también pueden ser objeto de la ética política, pero bajo el punto de vista de su ilegalidad (y no de su inmoralidad). Pertenece al recto ordenamiento de la vida colectiva el que los bienes y los comportamientos personales que revisten un interés positivo para el bien común (interés público) sean tutelados y promovidos por el Estado, y que los comportamientos personales que dañan el bien común sean prohibidos e impedidos. Corresponde a la ética política

Del capítulo II de esta obra, *La Iglesia y la promoción de los derechos humanos*, sólo queremos hacer mención de dos pasajes que nos parecen un contraste interesante, procedente del propio autor, con respecto a la idea que ha intentado transmitirnos en otras obras sobre la pena de muerte y la «concepción estatolátrica» de la sociedad. Hablando positivamente de los teólogos y juristas españoles del Siglo de Oro, que abordaron temas como el derecho inviolable de todo individuo humano a su vida, el derecho a la legítima defensa, el derecho a la propiedad privada, etc., dirá también: «recordaron también, con santo Tomás, que el hombre se ordena, como a su fin último, sólo a Dios, no a la sociedad»⁴⁸.

Siguiendo la relación de temas tratados por los autores de la Escuela de Salamanca, se citan entre otros el derecho natural a contraer matrimonio, la naturaleza social del hombre, quien no puede subsistir ni desarrollarse sin la sociedad y, como una derivación de este último tema, lo relativo al Estado como mecanismo natural de defensa del hombre. Dice nuestro autor: «por analogía, los salmantinos defendieron también *la pena de muerte* como legítima defensa del Estado. Tampoco dudaron en reconocer el derecho a la *rebelión* contra la tiranía extrema del Estado»⁴⁹.

Estas dos citas podrían haberse añadido de alguna manera al abordar el autor la cuestión de la pena de muerte en santo Tomás y en Francisco de Vitoria. Entonces nos dio la impresión de que el autor quería transmitirnos

valorar, en vista del bien común y teniendo presentes todas las circunstancias concretas, cuáles son los bienes que deben ser tutelados, y cuáles son los comportamientos personales éticamente negativos que deben ser impedidos y de qué manera deben ser impedidos (mediante sanciones penales, administrativas, económicas, etc). En definitiva: la ética política, además de determinar la *moralidad o inmoralidad* de las acciones de la comunidad política (por ejemplo: la moralidad o inmoralidad de una ley civil, de una actuación del gobierno, etc.), establece también la *ilegalidad* de aquellos comportamientos personales éticamente negativos que lesionan exigencias fundamentales del bien común político» (*ibidem*, p. 33).

⁴⁸ *Los derechos del hombre*, p. 31.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 32.

la idea contraria, basada solamente, eso sí, en su postura acerca de la pena capital.

En el capítulo IX de esta obra dedicará un epígrafe a *la pena de muerte y las torturas*. La mayor parte de las ideas expuestas en él están contenidas en el artículo *Pena de muerte y derecho a la vida*, que hemos comentado anteriormente: lo relativo al argumento del todo y las partes, aplicado a la sociedad y al hombre; el hombre -creación de Dios- que debe respetarse, el pecado -obra del hombre- que debe castigarse; insuficiencia de la sola luz de la razón para estudiar si es o no ética la pena de muerte, etc. Por ello sólo reseñaremos ahora algunas ideas. Afirma el autor que «por la revelación cristiana sabemos que el dominio radical de toda vida humana sólo lo posee Dios, no el Estado»⁵⁰. Comenta que «si el precepto fundamental del cristiano es el perdón al enemigo, matando al sujeto culpable desaparece la posibilidad misma de perdonar. Todo intento teórico por compaginar ambas cosas no pasa de ser un sofisma o una lamentable reducción de los datos revelados a categorías raquíticas e inhumanas, cuales son los conceptos y las conclusiones meramente racionales aplicadas a la persona humana, en la cual hay mucho más que la sola razón en nombre del principio de totalidad. Pienso que este modo de razonar el problema de la pena capital es más objetivo y justo, y científicamente más seguro, que la mayor parte de los argumentos secularmente esgrimidos por juristas, sociólogos, políticos y moralistas, tanto para defender este tipo de castigo como para fustigarlo»⁵¹. «Entre el derramamiento de sangre planificado y la permisividad del crimen» estaría «la verdadera justicia, que consiste en reconocer a cada uno lo suyo, a saber, a Dios el derecho radical a decidir sobre nuestras vidas según su beneplácito, y a los legítimos gobernantes el derecho a castigar

⁵⁰ *Ibidem*, p. 133.

⁵¹ *Ibidem*.

ejemplarmente y con eficacia los vicios de las personas degeneradas e insociables, sin llegar jamás a traspasar la barrera de la vida»⁵².

3. «*La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*»

Nuestro autor estudia el recurso a la «dignidad humana» en la Declaración de los Derechos Humanos, en uno de sus artículos⁵³.

En esta publicación la pena de muerte sólo se cita de pasada en las páginas 19 y 20, para explicar que durante la redacción del artículo 3 de la Declaración, sobre el derecho a la vida, se eliminó la referencia que reconocía implícitamente la pena de muerte. Esto ya se comentó en el breve epígrafe que titulamos *La declaración Universal de los Derechos del Hombre*.

Pero el presente artículo tiene también interés por reflejar el pensamiento ético-político de Blázquez.

Dedica las primeras páginas a enmarcar en la historia la Declaración: tras la Segunda Guerra Mundial «una especie de sentimiento de culpa universal invadía a la entera humanidad»⁵⁴. En 1945 se había adoptado en San Francisco una Carta, que proponía la cooperación internacional para resolver los problemas de orden sea económico, como social, intelectual o humanitario, «desarrollando y fomentando el respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, de sexo, de lengua y de religión»⁵⁵. A estos deseos respondía más tarde la

⁵² *Ibidem*, p. 134.

⁵³ Cfr. BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ N., *La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en “Cuadernos de Filosofía”, 4, Instituto de Filosofía de Madrid, Madrid 1982. Publicado también en “Studium” 22 (1982), pp. 107-128. En adelante citaremos este artículo como *La dignidad humana (...)*.

⁵⁴ *La dignidad humana (...)*, p. 3.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 4.

votación en París, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. De ella afirma nuestro autor que era novedosa y oportuna. No era original en el sentido de que ya había habido en la historia documentos semejantes inspirados en la filosofía del siglo XVIII y de la Revolución Francesa. Incluso anteriormente había habido otros «precedentes», como lo relativo al Derecho de Gentes desarrollado por los autores de la Escuela de Salamanca. En cualquier caso nuestro autor reconoce en todas estas declaraciones una matriz cristiana⁵⁶. Lo novedoso de la declaración sería la «internacionalización» de las cuestiones relativas a los derechos del hombre, de modo que «la garantía del respeto a los derechos humanos fundamentales no está en el arbitraje de los líderes de cada país, desvinculado del concierto universal de los pueblos»⁵⁷, a diferencia de la opinión que había prevalecido hasta entonces. Así suscribe Blázquez la afirmación de que «ésta ha sido una de las evoluciones del pensamiento más trascendentales que haya tenido lugar en la historia del Derecho y de las relaciones internacionales»⁵⁸.

Después nos describirá la estructura de la declaración, sirviéndose de la descripción que hace René Cassin, autor del anteproyecto, para comentar a continuación el recurso a la «dignidad humana». Recoge el comienzo del Preámbulo: «Considerando que el *respeto a la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana* y a sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo (...)»⁵⁹, y pasa a comentarlo. Del conjunto de sus observaciones hay dos que nos parecen interesantes: la primera es que no se determina «lo que

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, p. 4.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁸ *Ibidem*. La cita es de John Humprey. El autor nos remite a José Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre*, 2ª ed., Madrid 1976, p. 109.

⁵⁹ *La dignidad humana (...)*, p. 7.

constituye el constitutivo metafísico de la dignidad humana»⁶⁰. La segunda es su modo de entender la *tríada* «paz, libertad y justicia».

No ahondaremos en la primera, ya que el mismo autor conoce las dificultades por las que pasó la redacción de la Declaración, teniendo que conjugar la participación de representantes con pareceres tan diversos como podían ser los de la Unión Soviética respecto de los de los países democráticos.

Comenta que «la guerra se produjo y se prolongó en la medida en que falló ese respeto fundamental» (a la dignidad de la persona, se entiende), y que «sólo a base de recuperar ese respeto será posible devolver al hombre el estado de libertad, de justicia y de paz»⁶¹. Estas afirmaciones no parecen encerrar especial dificultad. Nuestro autor entiende que, a falta de una definición de «dignidad de la persona humana», y considerando el momento histórico en el que se sitúa la Declaración, la *tríada* «paz, libertad y justicia» forma parte de «una definición, que podríamos llamar descriptivo-psicológica de la dignidad humana, la cual sólo es inteligible a nivel de sentido común y comprensible hasta cierto punto situándose en el momento preciso del final de la Segunda Guerra Mundial, cuando lo más urgente era asegurar un mínimo de paz y tranquilidad tras la contienda»⁶². Dirá que el texto no merece un análisis riguroso desde el punto de vista técnico y filosófico. «Dignidad humana, justicia, libertad, paz, derechos inalienables (...) expresiones todas ellas que suenan muy bien, pero que se prestan a todos los abusos en su aplicación práctica cuando, como ocurre en este caso, no se precisa el significado exacto en que son usadas»⁶³. «Hay que respetar al hombre. De acuerdo. Pero ¿por qué? ¿Por qué lo mandan las Naciones Unidas? El hombre se siente desdignificado e infeliz sin libertad, justicia y paz. Pero, ¿cuál es el manantial ontológico de esa presunta

⁶⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁶¹ *Ibidem*, p. 7.

⁶² *Ibidem*, pp. 7-8.

⁶³ *Ibidem*, p. 8.

dignidad a cuyo nivel todos podemos considerarnos iguales y capaces de respetar a todos por encima de nuestras diferencias tan obvias y reales como los sentimientos de dignidad y deshonra?»⁶⁴. Más adelante dirá, después de señalar una vez más la carencia de una justificación ontológica de la dignidad humana en la declaración: «pero los redactores y los votantes de la Declaración iban por otro camino. Se observa una especie de obsesión por la *libertad*, por la *justicia* y la *paz*»⁶⁵.

Nos parece que el autor pasa sobre la tríada «paz, libertad y justicia», sin caer en la cuenta de la importancia que en la ética política se da a estos tres elementos, que forman lo que, junto a otros autores, M. Rhonheimer llama *el bien común fundamental* del estado constitucional democrático⁶⁶. A nuestro entender la radicalidad de la postura de Blázquez, se debe, en parte, a que piensa que se puede abstraer hasta el extremo, en el estudio ético sobre la pena de muerte. La deficiencia de su pensamiento jurídico-político puede dificultar un análisis adecuado del tema que nos ocupa.

4. «Nuevo planteamiento del problema»

En las páginas finales de *Estado de derecho y pena de muerte*, dentro del epígrafe *Nuevo planteamiento del problema* nuestro autor hace una serie de consideraciones acerca de la argumentación sobre la pena de muerte. El

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁶ Cfr. RHONHEIMER, M., *Perché una filosofia politica? Elementi storici per una risposta*, en "Acta Philosophica" (1992) vol. 1, fasc. 2, pp. 233-263. Véanse concretamente las pp. 252-255. Sin detenernos ahora en otras consideraciones acerca de la ética política, nos remitimos a este artículo en el que se abordan cuestiones como la legitimidad de la filosofía política moderna frente a la tradición clásica; o la insuficiencia, para la filosofía política, de la mera doctrina clásica sobre el derecho natural; o la existencia de una ética, propia de la praxis política, como consecuencia necesaria de su propia racionalidad moral.

punto de partida implícito es que la pena de muerte es éticamente ilícita de por sí.

Señala que, aunque el movimiento abolicionista ha significado un avance muy importante hacia la abolición de la pena de muerte, «hay que plantear el problema de una manera todavía más radical, con vistas a un proceso de humanización más efectivo de las relaciones humanas»⁶⁷.

Recogemos una larga cita. Pensamos que debe leerse teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente por el autor:

«Pienso que el planteamiento correcto no ha de hacerse desde la perspectiva del principio de totalidad, como lo hiciera santo Tomás. Menos aún a la luz de la antropología teológica contenida en la Ley Nueva o Evangelio, como lo han hecho algunos teólogos y canonistas. Desde el punto de vista teológico lo único que cabe decir es que la pena de muerte es totalmente inadmisibles. Sólo queda la posibilidad de plantear el problema de su supuesta validez ética a nivel de estricta razón humana. Pero a ese nivel los argumentos más poderosos esgrimidos en su favor son los de santo Tomás, los cuales, como queda dicho, no son suficientes. Por eso pienso que tal vez desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales se podría llegar a superar satisfactoriamente tanto los inconvenientes de la tesis tomasiana y del racionalismo estatal, como la debilidad e insuficiencia de los diversos movimientos abolicionistas modernos y contemporáneos. El abolicionismo moderno episcopal es válido a nivel estrictamente pastoral, pero a nivel doctrinal y de principios se queda también corto. Con este propósito de ayudar a superar las deficiencias argumentativas de los tiempos pasados a favor de la pena capital propongo como alternativa la argumentación siguiente desde la perspectiva de los derechos del hombre.

Es cierto, y consta por la experiencia, que toda persona humana posee por naturaleza derechos *más o menos fundamentales* y, por tanto, *relativos*, que brotan de su ser personal como el agua de la fuente. Son los llamados *derechos naturales*, porque son dados por la naturaleza del ser personal *sin violencia*. Tales son, por ejemplo, el derecho a vivir dignamente, una vez iniciado el proceso de la vida, a conocer la verdad, a nutrirse del amor y de todo aquello que le es debido por imperativo de la justicia, que ordena

⁶⁷ *Estado de derecho y pena de muerte*, p. 196.

moralmente a dar a cada uno lo suyo de acuerdo con la recta razón, sea ésta legal, distributiva o conmutativa.

Ahora bien, los derechos que son *más o menos* fundamentales o relativos, son tales por relación a algún otro derecho, que, de por sí, es *absoluto*, como lo más y lo menos en el orden cualitativo se dice por relación a algo que es *máximo* en su propio género.

Luego existe algún derecho fundamental absoluto, ya que, de lo contrario, tampoco existirían derechos más o menos fundamentales o relativos, lo que equivaldría a negar el testimonio de la conciencia humana universal⁶⁸. Por ser absoluto tiene que ser indiviso, intangible e inviolable. Por ser humano tiene que identificarse con la vida humana integral, pues lo máximo en el ser del hombre es su vida en plenitud.

Pero la pena de muerte equivale objetivamente a la destrucción total de la vida de la persona humana ejecutada. Tal es el efecto objetivo inmediato de su aplicación. De donde se sigue que se destruye lo que es el fundamento mismo de todos los demás derechos, los cuales sólo tienen sentido y efectividad real desde la vida y para la vida, la cual es integralmente destruida en virtud de una sentencia de muerte»⁶⁹.

Parece que el mismo autor no esté muy convencido del efecto de sus argumentos. Dirá a continuación: «Como es obvio, el anterior razonamiento está inspirado en el propio santo Tomás. Se discutirá sobre su valor probativo. Pero cualquiera que sea el resultado de la discusión, una cosa parece clara y es que, o todos respetamos la vida de todos, o todos terminaremos pronto o tarde siendo víctimas de las mayores injusticias»⁷⁰.

A nuestro modo de entender es patente la incoherencia del autor respecto de sus afirmaciones anteriores sobre los derechos humanos. Si ha descartado la *ética* que refleja la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y propone un estudio de los derechos humanos a partir del

⁶⁸ Aquí remite el autor a su obra *Los derechos del hombre*.

⁶⁹ *Estado de derecho y pena de muerte*, pp. 196-197.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 197-198.

derecho natural iluminado por las aportaciones del Cristianismo, no se entiende cómo después puede decir que descarta la antropología teológica contenida en el Nuevo Testamento a efectos argumentativos. Para afirmar después que teológicamente sólo se puede decir que la pena de muerte es totalmente inadmisibile y, acto seguido, afirmar que sólo queda la argumentación meramente racional, donde él ha rebatido ya los argumentos más sólidos, que serían los de santo Tomás. Siendo la razón última de todo su argumentar que Cristo ha abolido la ley del talión y ha mandado el amor incluso a los enemigos. Nos parece que, el autor no se exige a sí mismo un mínimo de coherencia. El mutuo apoyo de los conceptos de derecho absoluto y derechos relativos o fundamentales no es más que un juego de relaciones conceptuales que se cierra en sí mismo: si existen los relativos es porque existe el absoluto y viceversa (!).

El mismo autor abandonará esta línea argumental en la monografía posterior, *Pena de muerte*, publicada en 1994. Mejor dicho, renunciará a su exposición, ya que tras hacer la consideración de que no bastan los abolicionismos, dirá refiriéndose a la potestad del estado de instaurar la pena de muerte:

«Ese presunto derecho se puede negar desde dos frentes. Desde el frente de los derechos humanos fundamentales, entre los cuales se impone la afirmación del derecho absoluto a la vida, incluida la de los mayores delincuentes. Sin el respeto incondicional a ese valor fundamental la teoría de los derechos humanos carece de fundamento racional sólido. La destrucción total de una vida, por degradada que moralmente sea, no podrá justificarse jamás con el disfraz de la toga judicial.

La otra ofensiva contra la pena de muerte parte de la ética cristiana y es más decisiva y convincente. Me refiero a la ética de Jesucristo reflejada en su vida y en los escritos del NT. La pena de muerte es incompatible con el mandato del perdón al enemigo y la abolición de la ley mosaica del talión»⁷¹.

Es decir, que quien lea esto y lo anterior no sabrá si Blázquez considera más convincente una argumentación basada en el Nuevo Testamento u otra

⁷¹ *Pena de muerte*, p. 198.

basada en los derechos humanos leídos a través del Nuevo Testamento, pero de lo que no podrá dudar es de que se tratará de razones «teológicas» difícilmente trasladables al terreno filosófico.

E. Observaciones

Hacemos a continuación algunas observaciones críticas respecto de los argumentos tratados en este capítulo.

- 1) Aunque el autor valora el papel del «movimiento abolicionista» en sus distintas vertientes (filosófica, teológica, episcopal y política), atribuye a debilidad de argumentos lo que muy posiblemente sea un aspecto real desde el punto de vista ético: no se puede afirmar siempre, en todo lugar y circunstancia que la pena de muerte desde el punto de vista ético sea ilícita. Nos parece que la enseñanza de la *Evangelium vitae* y del *Catecismo* en su versión actual son claras en este sentido.
- 2) Muchas de las expresiones empleadas por el autor para condenar la pena de muerte van en la línea de mostrar que ésta es intrínsecamente mala. Aparte de que esto parece contradecir claramente las enseñanzas de Inocencio III, de Pío XII y de Juan Pablo II, no se entiende cómo, de ser así, no fue condenada con más firmeza por autoridades morales de la talla de san Agustín o san Ambrosio, ni cómo el mismo autor no arremete con más firmeza contra el Antiguo Testamento o cómo muestra cierta comprensión con la aplicación de la pena de muerte en épocas pasadas dentro de la civilización cristiana. Es decir: nos parece muy problemático, desde los puntos de vista filosófico, teológico e histórico, dar a entender que la pena de muerte sea intrínsecamente mala, también porque resulta entonces difícil hacer distinciones entre cristiano y no cristiano. Si se objeta a estas consideraciones que el autor no ha empleado la expresión «intrínsecamente malo» en ningún momento, podemos

preguntarle entonces qué sentido tiene comparar a quien la aplica con el individuo que fuerza a la mujer ajena.

- 3) A lo largo de este capítulo se ha confirmado nuestra impresión de que Blázquez da numerosas muestras de no haber desarrollado un pensamiento maduro en lo referente a la ética política. Esto se manifiesta en hechos como el pretender pasar directamente «normas» y fenómenos de la ética personal a la política sin una conveniente elaboración, como si no tuviera esta última una racionalidad propia. Así, por ejemplo, pensamos que no tiene sentido hablar propiamente de venganza en referencia a la pena capital: desde el momento en que se impide al individuo el tomarse la justicia por su cuenta, sólo cabrá hablar de venganza por analogía. Lo mismo cabe decir de los «preceptos» de amor al prójimo, incluido el enemigo. Quizá por ello nuestro autor habla de un «instinto natural de venganza» y no de tendencia vindicativa. Considerar seriamente la existencia de instintos propiamente dichos en el hombre también podría llevar a razonamientos defectuosos en el campo de la ética personal.
- 4) En relación con los puntos 1 y 3 de este apartado de observaciones, nos parece que las mentalidades abolicionistas -concretamente la que se refleja en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas-, y a pesar de las debilidades que nuestro autor descubra en sus argumentaciones, juegan un papel muy importante en la consideración que de la pena capital hay en la sociedad. Por otra parte, si bien es deseable una apreciación en general de los derechos del hombre más próxima a la doctrina de Jesucristo que la que se «deduce» de la mencionada Declaración, no hay que perder de vista que la mentalidad que subyace a esta última está íntimamente relacionada con los principios del estado constitucional democrático: un sistema con numerosas garantías jurídicas para los ciudadanos, compatibles con el ejercicio de sus libertades, que permite la participación en la vida política a los ciudadanos. Como

sistema político, goza de una estimación positiva por parte de la Iglesia.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

A. Resumen de la doctrina del autor y de las observaciones realizadas

- 1) El núcleo de la argumentación de Niceto Blázquez sobre la pena de muerte consiste en el siguiente razonamiento: La pena de muerte está íntimamente ligada a la venganza. En el Antiguo Testamento la ley del talión fue un modo de someter la venganza a una proporción, de modo que, en su tiempo, supuso un avance hacia formas de hacer justicia más perfectas. Existían también penas de muerte estipuladas por la Ley Antigua. Cristo abolió la ley del talión, y también, de la Ley Antigua, los preceptos culturales y judiciales. Con ello queda abolida la pena de muerte. Además la vida de Jesucristo y su mandato de amar al prójimo, incluido el enemigo, no dejarían dudas al respecto.
- 2) En apoyo de esta interpretación procura aportar como prueba escritos de la época patrística. El autor que estudia con mayor profundidad, sin lugar a dudas, es san Agustín. En el Hiponense encontramos, sobre todo en sus cartas, numerosos testimonios de su intercesión para que la pena de muerte no se aplicase a herejes que habían atentado contra miembros de la Iglesia. También hay textos en los que, hablando el Santo de la pena capital, no la cuestiona en sí desde el punto de vista ético. Blázquez rechaza la interpretación de los que piensan que San Agustín era personalmente contrario a la aplicación de la pena de muerte, y piensa a la vez, que no dudaba de la licitud de la pena en sí. Le parece que sería una especie de dicotomía en la mente del Obispo de Hipona, que no le cuadra con la idea que él se hace del Santo.
- 3) Reconoce Blázquez que no es unánime la valoración ética de la pena de muerte, ni en la sociedad, ni en el seno de la Iglesia.

Contra la afirmación de que la Iglesia ha reconocido tradicionalmente al Estado el derecho de instituir la pena de muerte para los delitos más graves, procura mostrar que, por el contrario, siempre hubo oposición a la pena capital por parte de los cristianos. Esto se manifestaría de diversos modos: sea en el martirio, prefiriendo morir a defenderse con violencia, sea con la intercesión episcopal para que no fuese aplicada la pena de muerte. Los textos de los Padres en los que éstos de algún modo parecen no dudar de la licitud moral de la pena de muerte son comentados por el autor de modo que se pueda descartar esa interpretación. No obstante se observa alguna pequeña irregularidad, al no incluir alguna cita que conoce Blázquez, y que pudiera representar cierta dificultad en este sentido. En cualquier caso no nos parece que consiga demostrar que «los Padres» consideraron ilícita la pena de muerte en sí.

- 4) Se observa en el autor una fuerte tendencia a leer los textos en un sentido que apoye su hipótesis de partida (expuesta en el punto 1). Esto, que puede resultar normal cuando se está firmemente convencido de algo, resulta chocante en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, en el caso de la «lectura» que hace de los textos de Pío XII. Aun reconociendo, como hace Günthör en 1983, que las declaraciones magisteriales relativas a la pena de muerte no son declaraciones «del más alto nivel» doctrinal, llama la atención la facilidad con que nuestro autor las reduce a mera opinión personal, en el caso de Pío XII, o concesión a determinadas autoridades políticas, en el caso de la *Evangelium vitae*.
- 5) Dentro de la argumentación filosófica nos parece anacrónico, a finales del siglo XX, argumentar contra la pena de muerte como modo de reprimir la herejía y el cisma, cuando no sólo hace siglos que no se aplican ese tipo de castigos, sino que el propio Magisterio ha acogido la libertad religiosa como algo positivo.

- 6) Tiene mayor interés la argumentación sobre la postura de santo Tomás. No obstante habría sido interesante que el autor hubiese abierto un poco «el objetivo» de su propia visión, abarcando otros lugares de la misma Suma, para mostrar, sea la coherencia de la argumentación del Doctor Angélico con las respuestas que da a otras cuestiones relacionadas, sea para darse cuenta de que lo que parece una concesión a la «estotolatría aristotélica» no responde por completo a la mente del Aquinate (pensemos en su «legitimación» del tiranicidio).
- 7) Su valoración de los «abolicionismos» es positiva, en el sentido de que se dirigen a reducir o eliminar la aplicación de la pena de muerte, cosa que él aplaude, como es evidente. En cambio, desde el punto de vista argumentativo los considera, en el mejor de los casos, pobres. «Pobres» los argumentos filosóficos, porque sólo el derecho natural, iluminado por la doctrina y la vida de Jesucristo, dará su contenido a los derechos humanos y a la dignidad de la persona humana, de la que habla la Declaración Universal de los Derechos humanos sin saber precisar la misma Declaración su contenido. Más crítico es el caso de los miembros de la Iglesia porque Blázquez, al pretender demostrar la radical ilicitud de la pena capital, emplea expresiones con las que manifiesta su profunda convicción de que la pena de muerte es intrínsecamente mala, de modo que un juez cristiano sólo por ignorancia podría pensar que en algún caso sería moral aplicar la pena de muerte. Es evidente, que esta postura introduce una nueva categoría en los absolutos morales, ya que el respeto estricto de éste sólo afecta al cristiano. «Se entiende» que el no cristiano no está condicionado por él. Se trataría de un «absoluto moral relativo», con la dificultad para su exposición de que no se puede argumentar desde la razón. Dicho de otro modo: los argumentos racionales son refutados por la visión cristiana, pero ésta no consigue mostrar por qué es así: en cierto sentido la compatibilidad de fe y razón queda «en entredicho».

- 8) Una adecuada filosofía política podría ayudar a nuestro autor a plantear su argumentación de modo más coherente. Pensamos que su carencia en este punto le lleva a errores en el campo de la ética personal: la inclusión de la pena de muerte en la especie moral del homicidio voluntario.

B. Valoración personal

- 1) La postura de Niceto Blázquez nos parece positiva en el mismo sentido en que la encíclica *Evangelium vitae* valora como signo positivo de la cultura de la vida la existencia en la sociedad de una sensibilidad cada vez mayor contra la pena de muerte.
- 2) Su planteamiento, en cambio, tiene importantes defectos. Pese a su pretensión, el autor no logra elaborar una demostración apodíctica de la ilicitud intrínseca de la pena de muerte.

**PARTE SEGUNDA:
LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA
PENA DE MUERTE EN ERNEST VAN
DEN HAAG**

INTRODUCCIÓN

A. Nota biográfica

Ernest Van den Haag nació en 1914 en La Haya (Holanda). Siendo joven llevó unos años de vida azarosa en Italia: era agitador comunista y por ello estuvo en la cárcel. Una vez liberado pasó brevemente por Suiza, Francia, España y Portugal. De este último país partió en barco para Estados Unidos, adonde llegó sin saber inglés. Trabajó en Nueva York vendiendo verduras y como cobrador de autobús.

Fue admitido en la *University of Iowa*, y encontró financiación para realizar sus estudios. Recibió su *M.A in economics* en 1942. Iniciada ya la Guerra Mundial trabajó en el *Office of War Information* como analista de propaganda. También en 1942 conoció a Sidney Hook, afamado filósofo social. Por medio del trato con Hook, Van den Haag abandonó el comunismo.

Empezó su carrera como docente a tiempo parcial siendo *instructor* en el *Hofstra College of New York*, en cuestiones de Psicología y sociología. Recibió el *Ph. D. In Economics* por la *New York University* en 1952. En 1956 escribió su primer libro *Education as an Industry*. En 1957 fue coautor de un manual de sociología, *The Fabric of Society*. Entró en contacto con William F. Buckley, Jr., y en 1957 empezó a colaborar (como articulista y consultor) con la *National Review*, para la que escribió cientos de artículos.

Su obra *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question* (1975) fue muy comentada y le lanzó a la fama como experto en el debate sobre la pena de muerte. Ya antes había escrito *On Deterrence and the Death Penalty*, artículo al que Hugo Adam contestó con una larga réplica. Junto con J.P. Conrad escribió *The Death Penalty: A Debate*, obra que hace honor al título y que tuvo mucho eco. Escibió más de quinientos artículos en revistas especializadas, boletines, periódicos y magazines.

Van den Haag fue perito judicial ante diversos tribunales en jurisdicciones locales, estatales, federales e internacionales, en cuestiones como segregación racial, justicia penal y pornografía. Participó en numerosos debates sobre diversos temas, entre los que destaca la pena de muerte, asunto sobre el que discutió, entre otros, con abolicionistas como Hugo Adam Bedau, Charles Black o Ramsey Clark.

Nuestro autor fue *Lecturer in Psychology and Sociology*, en la *New School for Social Research* (1953-1980) y *Adjunct Professor*, en la *New York University*. Ejerció privadamente como psicoanalista (entre 1955 y 1982); fue *Fellow* de la *American Sociological Association* desde 1959; en 1966 fue nombrado *Guggenheim Fellow*; en 1972 *Senior Fellow for the National Endowment for the Humanities*; también ha sido *Visiting Professor*, de la CUNY; y *Lecturer* en docenas de universidades y *colleges* incluyendo Harvard, Yale, Cornell, y Berkeley; fue *Visiting Professor of Criminology*, en la *School of Criminal Justice*, de la *State University of New York*, en Albany, (entre 1978 y 1983); también fue *John M. Olin Professor of Jurisprudence and Public Policy*, en la *Fordham University*, entre 1982 y 1988; así como *Distinguished Scholar*, de *The Heritage Foundation*, miembro del *Council on Foreign Relations* y de la *Philadelphia Society* (y primer presidente en el período 1978-1979).

Impartió conferencias hasta el año 1999. Publicó artículos hasta el año 2001. Falleció el 21 de marzo de 2002, en una clínica privada en Mendham (New Jersey). Pocos años antes de su muerte, en su contribución al libro *Nearer My God*, reconoció «en la substancia, pero no en la forma» una conversión al catolicismo. Escribió «no he aparecido por la Iglesia durante mucho tiempo», «excepto en su sentido más formal, ahora no estoy haciendo más que mi camino de vuelta». Pocas semanas antes de morir pidió que se le preparase un funeral católico en Nueva York, que tuvo lugar en la Iglesia de *Our Savior*, el 26 de marzo de 2002.

B. Sobre la bibliografía

Como podrá observar el lector, las dos publicaciones del autor a que más atención hemos prestado son sus monografías *Punishing Criminals* y *The Death Penalty. A Debate*. Con seguridad son sus obras más conocidas. En ellas trata con especial extensión la cuestión que nos ocupa y temas relacionados con ella.

En *Punishing Criminals* estudia la problemática penal en Estados Unidos. Por diversos motivos -antes de abordar la argumentación sobre la pena de muerte en sí-, nos parecía importante conocer la postura del autor ante diversas cuestiones relacionadas con la justicia penal: la finalidad de las penas, la *justificación* de la existencia del sistema penal, los obstáculos existentes en Estados Unidos para la realización de la justicia penal, etc.

También nos interesaba presentar el juicio del autor sobre diversas teorías que pretenden explicar el delito, unas, y que niegan de un modo u otro alguno de los fines de las penas, las otras. Nos parece que en cierta forma -a través de la modificación de actitudes-, todas esas teorías han influido en la problemática penal. Por otra parte, esa exposición previa permite deslindar en los argumentos qué se debe atribuir a las penas concretas, qué a los fines de las penas, qué a las teorías que explican el delito, etc., de modo que la reflexión sobre la pena de muerte goce de un marco interpretativo más amplio.

Van den Haag defiende una teoría de la pena en la que ésta se justifica, principalmente, para prevenir el delito. Se trata de una teoría de la disuasión, o de la prevención general. Su estudio nos ha llevado a diversos artículos del autor. La cuestión nos parece interesante porque algunas de las objeciones que se hacen a la pena de muerte están más relacionadas con la teoría de la pena que se sostenga que con la pena de muerte en sí. En su teoría de la disuasión parece influir su formación como psicoanalista¹. Nos

¹ También en su modo de interpretar el origen de la noción de ley natural se percibe ese influjo.

parece evidente que en muchos de los argumentos que trata nuestro autor -y que nosotros abordamos en los capítulos II, III, V, VI y VII-, busca salvaguardar el aspecto disuasorio de la pena y -aparentemente en menor medida- el retributivo.

En *The Death Penalty. A Debate*, Van den Haag y Conrad discuten numerosos argumentos sobre la pena de muerte. Esta obra recibió elogiosos comentarios de figuras de prestigio, como Arthur J. Golberg -que fue magistrado del Tribunal Supremo- o Hugo Adam Bedau -abolicionista, autor de numerosas publicaciones y editor de *The Death Penalty in America. Current Controversies*-. Esas valoraciones constituyen una razón más para prestarle atención. Quizá hemos dedicado demasiado espacio a la argumentación de Conrad. También es cierto que lo justifica el hecho de que ha "obligado" a nuestro autor a tocar diversos temas.

CAPÍTULO I. EL ESTADO Y LA JUSTICIA PENAL

A. El fin del Estado

«Aunque los gobiernos realicen otras muchas tareas, la principal, la que constituye su razón de ser, es proporcionar un orden jurídico en el cual los ciudadanos puedan estar seguros en sus vidas, en sus libertades y en su búsqueda de la felicidad»¹. El telón de fondo de estas palabras de Van den Haag es la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, donde se afirma que los gobiernos son instituidos entre los hombres para asegurar estos derechos². Derechos que -dirá nuestro autor- ya sean donados originalmente por Dios, por la naturaleza, por la sociedad o por el mismo gobierno a través de una constitución, sólo pueden ser asegurados por este último.

¹ «Although they do many other things, the paramount duty, the *raison d'être*, of governments is to provide a legal order in which citizens can be secure in their lives, their liberties, and their pursuit of happiness»: VAN DEN HAAG, E., *Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question*, Basic Books, New York 1975, p. 3. (Citaremos esta obra como *Punishing Criminals*). Las traducciones, si no se señala otra cosa, serán nuestras. En adelante, salvo que se indique expresamente lo contrario, exponemos el pensamiento del autor. Procuramos así evitar la repetición de alusiones a él.

² *Punishing Criminals*, p. 3. Cfr. VAN DEN HAAG, E., CONRAD, J. P., *The Death Penalty. A Debate*, Plenum Press, New York 1983, p. 53. Nos referiremos a este libro como *The Death Penalty. A Debate*.

Cada ciudadano debe respetar los derechos de los demás. Esta es una idea sencilla, pero su realización no está exenta de dificultades, porque ejercer los propios derechos requiere el reconocimiento -en el orden práctico- de esos derechos por parte de los demás, y el respeto de las acciones que legítimamente uno lleve a cabo. No siempre es fácil cumplir estas obligaciones de buena gana. ¿No se alienarían fácilmente los derechos, si no existiesen gobiernos para asegurarlos? Los gobiernos afirman los derechos y obligaciones especificándolos a través de leyes y velando por el cumplimiento de las mismas. Entre las muchas actividades que el ordenamiento jurídico regula está la reacción del Estado ante el delito, así mediante la ley penal prohíbe algunas (crímenes) bajo la amenaza de castigo (penas). El sistema de justicia penal comprende las diversas instancias que intervienen en la administración del castigo. El sistema dispensa justicia, de modo directo y visible, cuando aplica penas a los culpables de la violación de las leyes³.

El sistema de justicia penal atiende básicamente a tres cuestiones: qué conducta se prohíbe; cómo se decide que una persona es culpable de una conducta prohibida y qué se debe hacer con los que son declarados culpables. Centrándose en la tercera pregunta, Van den Haag afirma que desde la prehistoria se ha empleado el castigo para hacer cumplir las leyes, y que desde entonces nos acompañan una serie de interrogantes sobre el castigo: ¿Qué es exactamente? ¿Qué nos mueve a castigar? ¿Qué queremos conseguir? ¿Es efectivo? ¿Puede el castigo disuadir? ¿Qué papel desempeña en los índices de criminalidad? ¿Por qué la gente viola las leyes? ¿Son responsables los delincuentes? ¿Qué tipo y qué grado de castigo -si es que es posible determinarlo- es justo y efectivo para tal o cual tipo de crimen, para tal o cual tipo de criminal? ¿Hay otros modos, distintos del castigo, de

³ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 3-4. El autor aclara que la justicia penal es sólo una parte de lo que llamamos justicia social, la cual implica otras muchas instituciones que procuran más o menos la distribución equitativa de ingresos, oportunidades de progreso, etc. Al sistema de justicia penal sólo compete la distribución de castigos, no la «justicia distributiva». En ambos casos, afirma, la palabra justicia señala un ideal, no una evaluación de la realidad.

hacer cumplir las leyes? Esos medios ¿prometen ser más eficaces que los castigos actuales? ¿Cómo se relaciona el castigo con el orden social, la justicia y la caridad? ¿Puede ser reemplazado el castigo –como se ha dicho frecuentemente- por otras medidas como la educación, el tratamiento o la redistribución de ingresos y de propiedad? ¿Qué se puede decir a favor y en contra de los tres tipos principales de castigos empleados en Estados Unidos: pena de muerte, prisión y multas?⁴.

En los últimos dos siglos se han ido produciendo cambios muy importantes en la tipología de las penas que se aplican (p. ej. supresión de los castigos corporales, generalización de la reclusión). Este proceso de reducción de las condenas continúa con las figuras de la libertad condicional, libertad bajo palabra, etc.⁵.

En la actualidad parece percibirse una clara relación entre el hecho de que se han suavizado las penas y el aumento de la delincuencia: en general la seguridad pública ha disminuido. Junto a otros autores, Van den Haag, ve una desproporción entre la magnitud de la delincuencia y la escasa contundencia con que se la persigue. Esto se debe entre otras cosas a la dificultad de condenar a los criminales, y a la difusión de una mentalidad que siembra la duda acerca de la justificación moral de la pena⁶, y de su utilidad. Según Jerome Hall este escepticismo particular es una característica del siglo XX⁷, período en el que han cambiado mucho las actitudes frente al castigo. No faltan hoy los que piensan que la responsabilidad sobre el delito se reparte entre la sociedad que lo sufre y el criminal que lo comete⁸.

⁴ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 4-5.

⁵ Cfr. *ibidem*, p. 6.

⁶ Para algunos la pena viene a ser un residuo bárbaro que sólo satisface una innoble sed de venganza. Cfr. *ibidem*, p. 6.

⁷ Cfr. *ibidem.*, p. 5. Van den Haag nos remite a HALL, J., *Justice in the 20th Century*, en "Cal. L. Review" 59 (1971), n. 3, p. 753.

⁸ Cfr. *Punishing criminals*, pp. 5-6.

En contraste con estas actitudes Lincoln hacía meditar que -si no se vela por el cumplimiento de la ley-, los ciudadanos podían sufrir daños en sus bienes más preciados (vida, familia, propiedad) ...y llegar a cansarse de un gobierno que no les ofreciese protección. La insistencia en que la principal tarea del gobierno es velar por el cumplimiento de la ley está relacionada con la legitimidad moral del castigo; con la efectividad de éste frente a otras alternativas para la imposición de las leyes; y con la justicia de las leyes mismas⁹.

B. Definición y fines de la pena

1. Definición de la pena

La “pena” es una privación o sufrimiento impuesto por un tribunal como retribución por haber violado la ley¹⁰.

⁹ «Hence, there is insistence as well on the paramount duty of the government to enforce the laws. The issue hinges on the moral legitimacy and effectiveness of punishment as against alternative means of enforcing the laws and, not least, on the justice of the laws themselves and of their enforcement»: *Ibidem*, p. 6. Van den Haag concluye las primeras páginas indicando que se propone hacer una reconstrucción tan racional como le sea posible del entero problema de la delincuencia. Aunque admite que la razón no es la única fuerza de cohesión de la sociedad y de sus instituciones, ni es lo único que interviene en su diseño, ni en su “motivación”, le parece posible una cierta “racionalización” del estudio, ya que la elaboración de una teoría científica (para explicar, predecir e incluso influir en el comportamiento) no requiere que todos los agentes ni los factores sean racionales.

¹⁰ «“Punishment” is a deprivation, or suffering, imposed by law ...suffering may be said to be punitive only when it is court-imposed retribution for violating laws»: *Punishing Criminals*, p. 8.

La conducta prohibida por la ley es mala y realizarla es cometer un delito. Se incurre en culpa legal cuando, pudiendo obrar de otra manera, uno hace algo que sabe (o debería saber) que es malo.

Las leyes prohíben dos tipos de acciones que interfieren con la protección de algún bien:

- 1) Un acto que la generalidad considera que es intrínsecamente malo -*malum in se* (p. ej., el asesinato)- se prohíbe porque es malo: *prohibitum quia malum*.
- 2) Un acto que el gobierno ha considerado necesario prohibir -*malum prohibitum* (p. ej. conducir borracho).

Se piensa que un mal intrínseco es malo “por naturaleza”. Normalmente se trata de algo que ninguna sociedad puede tolerar si quiere funcionar y subsistir: algo considerado tan odioso que es necesario el castigo. Castigo que expresa la existencia de culpa y denuncia al criminal. Los males no intrínsecos son ilegales cuando están prohibidos por las leyes, pero podrían ser legales en otro sitio o en otra época (p. ej. la poligamia o llevar un arma). «La distinción entre los dos tipos de males es filosóficamente relevante y tiene alguna importancia legislativa, pero tiene poca relevancia para la ejecución de las leyes. Los tribunales no necesitan preguntar qué tipo de mal castigan: los delitos son delitos y son susceptibles de castigo porque están prohibidos»¹¹. Más aún, según el principio *nullum crimen (nulla pena) sine lege* -ningún crimen (ningún castigo) sin ley (preexistente)- nada es un crimen hasta que la ley penal lo prohíbe, y sólo los delitos pueden ser castigados. Esta es la ley que aplican e interpretan los tribunales

¹¹ «The distinction between the two kinds of evil is philosophically significant and has some legislative importance, but little relevance to the enforcement of laws. Courts need not ask what kind of evil they punish: offenses are offenses and punishable because they are prohibited, regardless of what led to the prohibition»: *Ibidem*, p. 9.

cuando dictan penas, independientemente de que se base o no en la naturaleza¹².

2. *Los fines de la pena*

Antes de exponer el punto de vista del autor sobre los fines de la pena nos gustaría señalar que en la literatura jurídica del ámbito penal continental europeo se distingue entre las teorías absolutas (o de la retribución) y las teorías relativas (o de la prevención). Para las primeras, el fin de la pena es hacer justicia. La segundas, en cambio, ven fines mediatos en la pena (incapacitación, rehabilitación, disuasión). Algunos autores del ámbito jurídico-penal de lengua inglesa aplican el adjetivo “utilitario” a estos segundos fines que podríamos llamar “útiles”, en oposición al fin retributivo no instrumental (“hacer justicia”). Este modo de denominar a los fines “mediatos” de las penas comenzó con Jeremy Bentham, que consideraba la disuasión (*deterrence*) un fin utilitario de la pena. Esto no implica necesariamente que quien sostenga dicho fin siga la teoría filosófica utilitarista. En el debate de Van den Haag con Bedau, el primero parece emplear el término “utilitarista” -en este *sentido penal* que acabamos comentar-, para el fin de la pena y por extensión lo aplica también a quienes sostienen que ése es el fin de la pena. En cambio, para Bedau, el efectivo cumplimiento de lo que Van den Haag llama “fines utilitarios” de la pena no tiene por qué revestir especial importancia a los ojos de los utilitaristas, porque se está refiriendo -entendemos- a utilitaristas en sentido filosófico.

En un artículo tardío nuestro autor estudia los fines de la pena:

«Según la tradición la pena persigue cuatro fines: la reeducación (rehabilitación), la incapacitación, la retribución (justicia) y la disuasión. La

¹² Cfr. *ibidem*, pp. 9-10.

prosecución de estos fines exige estrategias confluyentes que los tribunales y las instituciones penales deben intentar armonizar tanto como sea posible»¹³.

De estos cuatro fines, según nuestro autor, el principal es la disuasión, ya que lo que busca la amenaza legal de castigo es disuadir de hacer lo que la ley prohíbe. Esta disuasión no tendría lugar si la amenaza legal de las penas no se llevara a cabo¹⁴.

Con respecto a los otros tres fines, afirma, hay bastante consenso, si bien se discute la importancia relativa de cada fin y, por tanto, del peso que debe tener al determinar el castigo de los criminales¹⁵.

¹³ «Secondo la tradizione, la pena persegue quattro finalità: la rieducazione, l'interdizione, la retribuzione e la deterrenza. Il perseguimento di questi fini esige strategie confliggenti che i tribunali e le istituzioni penali debbono cercare di armonizzare il più possibile»: VAN DEN HAAG, E., *Le finalità specifiche della sanzione penale*, en "Biblioteca della Libertà" XXVI (1991), n. 113, p. 35. En adelante citaremos este artículo como *Le finalità specifiche della sanzione penale*.

¹⁴ «The intended effect of all legal threats obviously is to deter from doing what the law prohibits, from committing the crimes threatened with punishment. And needless to say, the threatened punishment must be carried out –otherwise the threats are reduced to bluffs and become incredible and therefore ineffective. Thus, the primary purpose of legal punishment is to deter from crime»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 53.

¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 53. El lector puede estudiar en diversas publicaciones [VAN DEN HAAG, E., *Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate*, en "Rutgers Law Review" 33 (1981), pp. 706-719; VAN DEN HAAG, E., *Comment on "Challenging Just Deserts: Punishing White-collar Criminals"*, en "The Journal of Criminal Law & Criminology" 73 (1983) pp. 764-768; VAN DEN HAAG, E., *The Criminal Law as a Threat System*, *ibidem*, pp. 769-785; y *Reply to Dr. John Braithwaite*, *ibidem*, pp. 794-796] diversos aspectos del punto de vista de nuestro autor sobre retribucionismo, disuasión general (*general deterrence*) –o simplemente "disuasión"– y disuasión específica (*specific deterrence*). En la literatura jurídica en lengua castellana se habla respectivamente de teorías absolutas de la pena (o retribucionismo), y teorías relativas de la pena: teoría de la prevención general y teoría de la prevención especial. Adelantamos que nuestro autor es partidario de la prevención general (habitualmente traduciremos por disuasión, porque se insiste en el aspecto que podríamos llamar *psicológico* de la *prevención*). En

a) Rehabilitación

«La rehabilitación consiste en provocar cambios en el carácter del condenado con el fin de producir una conducta legal duradera después de su liberación»¹⁶. Este sería para muchos el fin primario del castigo legal. Y es lo que se tenía en mente cuando las prisiones comenzaron a llamarse “instituciones correccionales”. Hoy día este aspecto estaría menos en boga, ya que no se han encontrado métodos efectivos para procurarlo: no se encuentran diferencias significativas en la conducta después de la

Punishing Criminals sostenía que las amenazas que miran a las prohibiciones de la ley penal se pueden justificar sólo por el efecto disuasorio que procuran, mientras que el castigo mismo se justifica porque ya se había amenazado con él: si no se llevasen a cabo las amenazas de castigo serían falsas e inverosímiles. Sin embargo, pensaba que la aplicación del castigo al delincuente concreto debe justificarse porque es merecida. Recurrió a la teoría retribucionista para explicar la aplicación de castigos, porque creía que los argumentos habituales contra las teorías de la disuasión eran correctos (p. ej. que la disuasión podría justificar el castigo de inocentes que son presentados como culpables). Reflexionando, se dio cuenta de que esos argumentos habituales no eran correctos y encontró una teoría de la disuasión pura (no utilitarista) que justifica la amenaza de penas, las penas y su aplicación. Cfr. *Comment on “Challenging Just Deserts: Punishing White-collar Criminals”*, p. 764. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate* en “*Rutgers Law Review*” 33 (1981) p. 706. Evitamos extendernos en la exposición de las diferentes teorías (y sus respectivos puntos débiles) tal como las ve nuestro autor, tanto por las limitaciones de nuestro estudio como porque, a efectos prácticos, el lector se puede hacer una idea al percibir el peso que da a cada uno de los fines específicos de la pena. (La bibliografía que citamos al tratar la finalidad de la pena es posterior al descubrimiento al que se refiere el autor). Al tratar la disuasión haremos una breve referencia a la legitimación de la disuasión fuera de la óptica utilitarista. Cuando hagamos referencia a las obras mencionadas en esta nota, lo haremos sólo con el título en cursiva.

¹⁶ «*Rehabilitation is the bringing about of changes in the character of the convict in order to produce law-abiding behavior upon release*»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 53.

liberación. La rehabilitación habría quedado, en el mejor de los casos, como un ideal, sin un modo efectivo de llevarla a cabo¹⁷.

A lo largo de nuestro estudio acudiremos a otras consideraciones que hace Van den Haag sobre la rehabilitación. Por ahora añadimos sólo que, a su modo de ver, muchos delitos no requerirían rehabilitación -p. ej. el asesinato del cónyuge-, ya que no parece previsible que se repita una conducta similar. En estos casos, dejar sin castigo al delincuente, además de verse como injusto, animaría a potenciales asesinos a hacer lo mismo¹⁸.

b) Incapacitación

«La *incapacitación* (también referida como aislamiento respecto de la sociedad, confinamiento o prisión) es un segundo fin de la pena. Al menos cuando está confinado el convicto no puede cometer crímenes fuera»¹⁹. Van den Haag observa que «a menudo no se distingue entre incapacitación y castigo porque ambos tienen lugar simultáneamente, y asumen el mismo significado a los ojos del condenado. Pero se puede incapacitar o reeducar sin castigar y castigar sin incapacitar»²⁰.

¹⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 53-54. En este punto John P. Conrad, marcadamente contrario a la pena de muerte, coincide en parte con Van den Haag. Considera importante y positiva la existencia de programas de rehabilitación. La historia de éstos habría empezado con la atención de los capellanes a los reclusos, y continuó con la incorporación de programas basados en la *fe* que el iluminismo tenía en la educación. A estos dos *camino*s se incorporó en el siglo XX la psicoterapia. Conrad considera que, aunque muchos reclusos han mejorado a través de ellos, siguen constituyendo una minoría. Concluye que la primera función social de la prisión es castigar. Cfr. *ibidem*, pp. 57-59.

¹⁸ Cfr. *ibidem*, p. 55.

¹⁹ «*Incapacitation* (also referred to as isolation from society, confinement, or imprisonment) is a second purpose of punishment. At least while confined the convict cannot commit crimes outside»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 55.

²⁰ «Spesso non si distingue tra disattivazione e punizione poiché esse hanno luogo simultaneamente attraverso l'incarcerazione, e assumono il medesimo

c) Retribución (justicia)

i. La justicia en el castigo

«La *justicia* es, sin duda, una de las principales razones para castigar, aunque muchos no se sienten a gusto reconociéndolo»²¹. A estos efectos la justicia supondría el triple intento de: 1) castigar a las personas culpables de crimen, 2) no castigar a inocentes, 3) castigar al culpable de acuerdo con lo merecido por la gravedad del crimen y con su culpabilidad. La pena es «la privación o sufrimiento -infligidos por un tribunal- del modo especificado por la ley que el convicto ha violado»²².

Se piensa que el criminal ha hecho algo mal que podía haber evitado, y de ahí que merezca castigo -una contrapartida o retribución por el mal que hizo- que compensaría cualquier ventaja, beneficio o placer que pudiera conseguir a través de la violación de la ley. Esta idea de justicia, aun rechazada por muchos, estaría profundamente grabada en el ser humano, que no desea ver escapar impune al malhechor aunque no necesite rehabilitación ni incapacitación. Como tampoco querría ver al inocente sufrir castigos inmerecidos, ni en el caso de que prometiese que con ello se logra cierto bien común²³.

Nuestro autor señala que «a diferencia de la incapacitación, el castigo (retribución) y la disuasión no se dirigen tanto al delincuente mismo como, a través de él, a la entera sociedad. Hacer justicia es, de los cuatro fines que

significato agli occhi del condannato. In realtà si può disattivare o rieducare senza punire, e punire senza disattivare»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 36.

²¹ «Justice is, without a doubt, one of the main reasons for punishment, although many people are uneasy about acknowledging as much»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 55.

²² «Punishment is defined as a deprivation or suffering inflicted by a court of law, as specified by the law broken by the convict»: *Ibidem*.

²³ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 55.

la pena se propone, el único que se configura como fin en sí. Hacer justicia quiere decir producir satisfacción moral, ni más ni menos. Los otros tres efectos son accidentales. La justicia no tiene fines instrumentales»²⁴.

ii. La cuestión de la medida de la justicia

Se procura hacer justicia, como antes recogíamos, castigando a los delincuentes conforme a su culpabilidad y a la gravedad de sus crímenes. Sin embargo, aunque se pudiese establecer de modo objetivo la gravedad o la culpabilidad, no sería posible establecer en términos objetivos proporción alguna. Simplemente no hay medio para acertar qué cantidad de pena sea proporcionada a la gravedad, comoquiera que se determine, de cualquier delito, o a la culpabilidad de un criminal cualquiera. Percibimos que un delito más grave requiere una pena mayor, pero no somos capaces de medir cuánto. Como mucho, podemos hacer un elenco ordinal de delitos, basado en la gravedad de ellos y en la culpabilidad que les atribuimos. Algunos son peores que otros, aunque no seamos capaces de cuantificarlo. Y aun cuando pudiésemos determinar la gravedad y culpabilidad de cada reato no descendería de modo continuo la entidad de la pena proporcionada a una y a otra ni a cualquier combinación de ambas²⁵.

Así, continúa señalando el autor, la culpabilidad se va reduciendo desde la premeditación a la negligencia, mientras que la gravedad (el daño moral o material del reato) va cayendo desde el homicidio hasta las pintadas en muros. Seguramente una conducta sin cautela tendría un grado mayor de

²⁴ «A differenza della disattivazione, la punizione (retribuzione) e la deterrenza non si rivolgono tanto a singoli delinquenti quanto piuttosto, per il loro tramite, all'intera collettività. Fare giustizia è il solo obiettivo, tra i quattro che la pena si prefigge, a configurarsi come fine in sé. Realizzare la giustizia vuol dire produrre soddisfazione morale, né più né meno. Tutti gli altri effetti sono incidentali. La giustizia non ha fini strumentali»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, pp. 36-37.

²⁵ Cfr. *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 37.

culpabilidad respecto de la negligencia, pero no tenemos elementos que permitan establecer la mayoración. El homicidio voluntario es más culpable que el homicidio involuntario y necesita un castigo mayor, pero salvo la tradición no tendríamos otro criterio para establecer el castigo. En cualquier caso, a su juicio, falta un parámetro de valoración objetiva de las penas impuestas según las clasificaciones tradicionales que permita determinar qué sanción sea justamente proporcionada a la gravedad de un delito o a la culpabilidad de quien lo comete. No estamos en condiciones de demostrar la justicia de las penas que aplicamos²⁶.

«Abandonada la ley del talión (en la mayor parte de los casos por razones suficientes), no queda ninguna base objetiva sobre la que fundar la justicia»²⁷. Aclara Van den Haag que la mayor parte de esas razones suficientes son de orden práctico, pero que es difícil negar que la terrible simetría de la ley del talión golpea nuestro sentido de justicia y nuestra percepción del hecho de que la pena era merecida. No obstante, la mayor parte de las penas parecen bastante racionales: aunque no sepamos determinar objetivamente si son justas o no, corresponden a las necesidades de nuestra sociedad. Nos parecería desproporcionada la pena capital por la infracción de un “prohibido aparcar”, y lo mismo una multa de cinco dólares o la libertad condicional en respuesta a un asesinato. El sentido de justicia tradicional nos da algunos elementos de valoración; en cualquier caso el sentido de la justicia exige que se castigue siempre al culpable y nunca al inocente. Aunque se actuase de modo contrario porque fuese socialmente ventajoso (castigar al inocente y no al culpable) continuaríamos queriendo castigar a los culpables y no a los inocentes, porque «el deseo emotivo de retribución, de hacer justicia, de satisfacción

²⁶ Cfr. *ibidem*, p. 37. A nuestro juicio el autor peca en muchos pasajes de un deseo de establecer una ciencia positiva, donde ésta no tiene cabida por la naturaleza de lo que se trata. Esto, pensamos, lo podrá apreciar el lector conforme avancemos en el discurso. No se puede ni negar el valor de la tradición ni olvidar el valor que los juicios prudenciales tienen en toda la problemática.

²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 38.

moral, es más fuerte que el deseo de cualquier beneficio material que el castigo pueda producir»²⁸. El sentido de justicia no basta para determinar penas específicas, pero atempera los excesos de clemencia o de rigor, y hace aceptable tanto las penas que se imponen de hecho, como su aplicación. Nuestro autor considera moralmente inaceptable «una teoría penal que ignore o infravalore, como en el caso de la teoría de Jeremy Bentham, el hacer justicia como objetivo de la pena»²⁹. Si la ley quiere tener el consenso social que necesita, la pena debe satisfacer el sentido de justicia, ya que éste es predominante en la sociedad. El crimen tiene una dimensión moral que exige la retribución entendida como respuesta moral proporcionada³⁰.

Se percibe como injusta una pena desproporcionadamente severa o leve. «Pero, por muy desproporcionada que sea al delito, ninguna pena es nunca injusta para el autor del delito. Si la pena que se le aplica es conforme a las leyes vigentes y él es culpable, el reo se encuentra en la situación de un jugador de azar que ha perdido»³¹. El que juega es consciente del riesgo que corre: si pierde, ha corrido voluntariamente el riesgo porque conocía las reglas del juego. La colectividad podría, con todo derecho, contestar las penas que considerase desproporcionadas a los delitos castigados, pero, señala Van den Haag, «las penas desproporcionadas lo son respecto de los crímenes correspondientes, no con respecto a quienes los cometen: éstos, de hecho, han aceptado el riesgo de incurrir en las penas sean justas o injustas»³². Para nuestro autor sólo un inocente puede ser castigado

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. *ibidem*, p. 38.

³¹ «Ma, per quanto sproporzionata al reato, nessuna pena è mai ingiusta per l'autore del reato. Se la pena che gli è stata inflitta è conforme alle leggi vigenti ed egli è colpevole, il reo si trova nella situazione di un giocatore d'azzardo che ha perso»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 39.

³² «Ma le pene sproporzionate sono tali rispetto ai reati corrispondenti, non rispetto a coloro che gli commettono: questi infatti, hanno deliberatamente accettato il rischio di incorrere nelle pene, giuste o ingiuste che siano»: *Ibidem*, p. 39. A

injustamente: no habiendo cometido ningún delito, no se ha expuesto deliberadamente al peligro de la pena³³.

d) Disuasión

Este aspecto de la pena es, con seguridad, al que más atención ha dedicado Van den Haag en sus escritos sobre la pena de muerte; más adelante veremos por qué. Ahora nos centramos en lo referente a las penas en general.

Como ya dijimos, el autor señala que la disuasión, al igual que la justicia, se dirige a la comunidad a través del delincuente singular. Cuando se amenaza con una pena, y se aplica efectivamente a los que no han advertido la función disuasoria, la amenaza se hace creíble y disuade de actos criminales a la generalidad de los "socios". De ahí que la amenaza de la pena tiene el efecto de prevenir el delito siempre que sea suficientemente severa y se aplique con una cierta frecuencia.

i. La analogía económica

Cuando aborda este argumento, el autor gusta de emplear por analogía las leyes económicas³⁴. Admitiendo que ningún sistema penal es capaz de

nuestro modo de ver, el planteamiento del autor es excesivamente positivista y por ello cae en contradicciones y en olvidos importantes, incompatibles con una ética política bien entendida: si la pena es desproporcionada choca directamente contra el tercer punto señalado por él mismo como tarea de la justicia; y si la pena es injusta, esa injusticia afecta a la sociedad y al delincuente; si la ley es injusta, que los ciudadanos tengan derecho a cambiarla no implica que de hecho se cambie: un estado que no reconociese la libertad religiosa podría dispensar penas a quien practique una religión prohibida y, seguramente, si ésta fuese minoritaria, los ciudadanos podrían hacer poco por cambiar la ley.

³³ Cfr. *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 39.

³⁴ Cfr. VAN DEN HAAG, E., *The Neoclassical Theory Of Crime Control*, en "Criminal Justice Policy Review" 1 (1986) n. 1, pp. 91-109. En adelante citaremos este

castigar todos los delitos cometidos, ni siquiera la mayor parte, considera que realmente los delincuentes no arriesgan la pena amenazada -“el precio de la lista”-, sino aquella pena minorada por la frecuencia con que se aplica. Así, en el caso de un delincuente que sólo es condenado cuando ha cometido su décimo delito con una multa de cien dólares (o con diez años de cárcel), cada delito tiene un equivalente de diez dólares en castigo (o de un año de cárcel). El “descuento” sobre el precio, dirá, varía de delincuente a delincuente: el que sólo ha cometido un delito y es descubierto, probablemente paga el precio completo, pero el que delinque con frecuencia, en general, se beneficia de un descuento cuantitativo: puede suceder que sea descubierto, pero es improbable que esto ocurra todas las veces³⁵.

«Para ser eficaces, las penas deben ejercer un poder disuasorio superior al atractivo de los actos criminales». Siendo la atracción de los delitos diversa en las distintas personas, y siendo en cambio, uniformes las penas con que se amenazan, éstas resultarán más severas de lo necesario para retraer a algunos, e insuficientes para constreñir a otros. Por otra parte, con frecuencia, los delitos más atractivos no son los más graves y parecería injusto aplicar una pena severa por un hecho de escasa gravedad, de modo

artículo como *The Neoclassical Theory Of Crime Control*. En las páginas 95 a 98 expone nuestro autor cómo concibe él una teoría de la disuasión independiente del utilitarismo (cfr. p. 97). De la postura de Bentham comenta -entre otras cosas- que la felicidad no es homogénea, divisible, fungible, cuantificable ni puede medirse cardinalmente. Tampoco las personas se dedican a hacer cálculos racionales habitualmente. Y además, desde un punto de vista normativo, lo que se dirige hacia la felicidad puede no coincidir con lo que es justo. Cfr. *ibidem*, p. 96. Tampoco le parece que el planteamiento de Rawls resuelva la cuestión. Según Van den Haag, la teoría de la disuasión se apoya, como las teorías económicas, en observaciones comunes fácilmente verificables: «Like economic theory, with which it has much in common, including attacks directed against alleged axioms, the theory of deterrence rests on common, easily verified observations»: Cfr. *ibidem*, p. 97.

³⁵ Cfr. *Le finalità specifiche della sanzione penale*, pp. 39-40.

que estaríamos dispuestos a sufrirlo con más frecuencia antes que castigarlo con exceso de rigor³⁶.

«El beneficio esperado, la gravedad de la pena amenazada y la percepción del riesgo de sufrirla determinan la fuerza atractiva neta del delito. Aunque un porcentaje suficientemente alto de riesgo puede prevenir muchos delitos, ninguna dosis de riesgo puede prevenirlos todos»³⁷. Algunos delincuentes no son susceptibles de disuasión, sea cual sea la amenaza. Además, el principio de justicia puede impedir infligir sanciones tan rigurosas que sí intimidarían a otros.

En cualquier caso, el hecho es que cuanto menor es el riesgo de pena mayor es el índice de criminalidad. En Estados Unidos, entre 1962 y 1973, la probabilidad de encarcelamiento por un delito concreto disminuyó de 0,1 a 0,02, y los índices de criminalidad se multiplicaron por más de 2. En su artículo, Van den Haag afirma que no se ha alcanzado todavía la frecuencia y la severidad de las penas que se aplicaban antes de los años 60, ni la tasa de criminalidad ha vuelto a descender como venía haciendo durante los cien años que van desde la mitad del siglo XIX a la del XX. Prevé que, por un tiempo, seguirá habiendo más delitos y más encarcelamientos³⁸.

Casi siempre es posible disminuir la criminalidad reforzando las sanciones punitivas. La pena adecuada a cada clase de delito depende de en qué medida prefiere tolerarlo a aumentar la pena correspondiente. «La pena que la sociedad está dispuesta a infligir depende del costo moral y material que está dispuesta a sostener para reducir el delito»³⁹. Así, se

³⁶ Cfr. *ibidem*, p. 40.

³⁷ «Il profitto atteso, la severità della pena minacciata e la percezione del rischio di subirla determinano la forza attrattiva netta del reato. Una percentuale di rischio adeguatamente elevata previene numerosi reati; ma nessuna dose di rischio può prevenirli tutti»: *Ibidem*, p. 40.

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 40.

³⁹ «La pena che la società è disposta a infliggere dipende dal costo morale e materiale che è pronta a sostenere per ridurre il reato»: *Ibidem*, p. 40.

pueden limitar las infracciones del “prohibido aparcar” doblando la multa y/o la probabilidad de tener que pagarla. Si la sociedad considera que vale la pena endurecer la sanción, lo hará: «la sociedad debe determinar si la reducción que se puede obtener vale lo que cuesta. La pena y la frecuencia con que se aplica se pueden considerar adecuadas cuando ninguna mayoración haría disminuir la proporción de delitos como para justificar el coste adicional». De modo que para establecer la pena adecuada a cada clase de delito habría que valorar tres cosas: el costo de penas más severas y frecuentes, la reducción de delito que cabe esperar por el endurecimiento de la pena, y el daño que se evita como efecto de la disminución del número de delitos. No hay que olvidar que en el peso que se asigna tanto al endurecimiento de la pena como al valor de la reducción del delito juegan un papel importante tanto consideraciones morales como consideraciones de orden material. Algunos delitos estimados como moralmente intolerables serán castigados severamente, aunque sean poco frecuentes o imposibles de prevenir. «Sin embargo para la mayor parte de los delitos, la pena está determinada más por el intento de controlar su difusión que por la sola indignación moral»⁴⁰.

Examinando cualquier “catálogo” actual de sanciones penales, se concluye que un endurecimiento de las sanciones conllevaría un costo superior al justificado por la probable disminución de los delitos, y que una reducción de ellas provocaría un ahorro que no justificaría el probable aumento de las acciones delictivas⁴¹. Además, el delito A se castiga con menos severidad que el B porque se piensa que la reducción del delito A tiene menos importancia; y en general ambos delitos se castigan con una

⁴⁰ «Tuttavia, per la maggior parte dei reati, la pena risulta determinata dall'intento di controllarne la diffusione piuttosto che dalla sola indignazione morale»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 41.

⁴¹ Cfr. *ibidem*, p. 41. Nos parece un tanto forzado este modo de exponer en clave económica: existencia de un equilibrio casi perfecto en las penas. Parece más sencillo considerar que en la asignación de castigos tengan un peso importante los juicios prudenciales que se han ido haciendo a lo largo de la historia por parte de los legisladores.

pena inferior al límite máximo establecido: estamos dispuestos a tolerar porcentajes distintos de incidencia para ambos delitos y no somos propensos a producir una ulterior disminución mediante el endurecimiento de la pena. Esto explica que no todos los delitos se castiguen con la máxima pena⁴².

El autor considera que es insatisfactorio el control de la criminalidad que se consigue a través de la severidad y frecuencia que tienen las penas actualmente. El precio que las víctimas y la sociedad pagan por un crimen es muchísimo mayor que el de la superior prevención alcanzable a través de un aumento de las penas. Pero puede existir un cierto punto pasado el cual el aumento de las penas produce ventajas tan reducidas que no compense “avanzar” en ese sentido.

«No se cometería ningún crimen si quien delinque no esperase una ventaja neta». Lo que se espera debe superar no sólo el costo (principalmente el riesgo de castigo), sino también las ganancias que el potencial delincuente podría obtener con actividades lícitas accesibles a él. Como las actividades lícitas accesibles a las diversas personas dependen de sus capacidades, de su carácter y de sus condiciones económicas, los pobres cuyas oportunidades son muy poco remunerativas son los que más pueden ganar con la actividad criminal⁴³.

ii. Críticas a la teoría de la disuasión

Van den Haag señala dos posturas críticas respecto del aspecto disuasorio de la pena. La primera sería la *crítica psicológica*; la segunda, la *crítica filosófica*. Una u otra están implícitas en las teorías que niegan la responsabilidad del delincuente o el aspecto disuasorio de la pena. Comentamos brevemente que la crítica psicológica señala la invalidez de su formulación porque ésta presupondría necesariamente el cálculo racional

⁴² Cfr. *ibidem*, p. 41.

⁴³ Cfr. *ibidem*, p. 41.

por parte de los delincuentes potenciales⁴⁴. La crítica filosófica apuntaría a una ilicitud de la disuasión –independientemente de la utilidad que reportase–, porque entiende que supone usar al criminal castigado como medio para disuadir a otros⁴⁵.

iii. La respuesta a la crítica filosófica de la disuasión

En *Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate*, nuestro autor ensaya una justificación de la finalidad disuasiva de la pena:

«Las amenazas de la ley penal son condicionales, y el fin normal de las amenazas condicionales es disuadir. El fin de la ley penal es disuadir del delito. Luego, desde el punto de vista instrumental, la amenaza de castigos se justifica simplemente como un medio auxiliar para disuadir el delito. Moralmente, el fin –evitar el delito– y los medios –amenazas de castigo– están justificados si las leyes lo están, y si el beneficio que se obtiene al usar las amenazas para evitar el delito supera el coste moral»⁴⁶.

⁴⁴ La respuesta del autor a esta crítica *psicológica* la tratamos, en parte, en el apartado *Enfermedad y delito*, concretamente en el epígrafe *¿Requiere racionalidad la disuasión?*

⁴⁵ En *The Death Penalty. A Debate*, Conrad y Van den Haag discuten en torno a la afirmación kantiana de que la pena sólo se debe aplicar como retribución y no como medio para lograr otros fines, porque esto, según Conrad, sería utilizar al delincuente como medio. Van den Haag matiza y afirma que a lo que Kant se refiere negativamente es al empleo de los demás como “mero” medio, pero no como medio. Así, a quien me vende algo lo puedo ver como medio para conseguir ese algo, pero no lo puedo ver como “mero medio”.

⁴⁶ «The treats of the criminal law are conditional, and the usual purpose of conditional threats is to deter. The purpose of the criminal law is to deter crime. Instrumentally, then, threats of punishments are justified simply as a device to deter lawbreaking. Morally, the end, deterrence from crime, and the means, threats of punishment, are justified if the laws are, and if the benefit produced by using threats to deter lawbreaking exceeds the moral cost»: *Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate*, p. 706.

Esto implica que quedan injustificadas las amenazas que no parezcan producir ningún beneficio. Van den Haag se pregunta si hace falta una justificación moral adicional para la aplicación real del castigo con que se ha amenazado la comisión del delito. A primera vista, no. La amenaza declara una intención. La amenaza debe llevarse a cabo si quiere ser eficaz cuando no ha conseguido disuadir a quien era objeto de ésta. Lo único que necesita justificación es la amenaza: el castigo está justificado si la amenaza de castigo lo está⁴⁷.

Aborda la cuestión de si se vería afectada la disuasión en el caso de que voluntariamente se rompiera el vínculo entre amenaza y castigo (si se simulase el castigo o la culpa). P.ej. si sólo se llevan aparentemente a cabo las amenazas, o si se castiga deliberadamente al que no es culpable (...) Estas posibilidades conducen a objeciones morales contra la justificación del castigo atendiendo a la disuasión. ¿Debería evitarse totalmente el castigo real si basta con la apariencia de castigo? ¿No existe el peligro de que se castigue a inocentes haciéndolos figurar como culpables? Resulta claro que el culpable merece ser castigado y el inocente no. ¿No nos exige esto optar por la teoría de la retribución para justificar el castigo?

Van den Haag procurará mostrar que la teoría retribucionista -que justifica el castigo porque es merecido, sean cuales sean las consecuencias- no es necesaria para justificar la aplicación del castigo sólo a quien realmente es culpable. Nuestro autor se pregunta si la justificación disuasoria del castigo permite de hecho la desconexión entre amenaza y castigo, que le hace acreedora de las objeciones morales a que acabamos de referirnos. Esa desconexión requiere un fraude deliberado e ilegal para que, pretendiendo castigar al culpable como manda la ley, las autoridades no lo hagan o quieran incluso castigar al inocente, haciéndolo aparecer como culpable. La misma ley nos impediría obrar así. Para saber que no

⁴⁷ «...punishment is justified whenever the threat of punishment is»: *Ibidem*.

actuaríamos así no necesitamos sostener la teoría de la retribución, sino cumplir la ley⁴⁸.

En el fondo los que piensan que la teoría de la disuasión conduce a las objeciones apuntadas, tienen en mente una teoría de la disuasión de matriz utilitarista⁴⁹, que podría justificar esos engaños si contribuyesen a la felicidad total. Hay quienes achacan a las autoridades constituidas un intento de producir disuasión a través del engaño (la autoridad estaría dando a entender que impone el castigo tal como lo manda la ley, cuando realmente no es así). De nuevo sólo una teoría utilitarista de la disuasión concedería la prioridad a la disuasión sobre la legalidad -y sobre todo valor moral no coherente con el engaño-⁵⁰.

Nuestro autor comenta, en nota al pie, que las teorías utilitaristas del acto (que hacen depender lo correcto o incorrecto de un acto de sus consecuencias buenas o malas) suponen un engaño de un modo más directo que las teorías utilitaristas de la regla (que valoran las buenas o malas consecuencias de la regla general a la que se vincula el acto). Pero ambas suponen el colapso de la moral en la utilidad: en su contribución neta a la felicidad total⁵¹.

⁴⁸ Cfr. *Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate*, p. 707.

⁴⁹ «However, to justify punishment of the guilty because threatened for the sake of deterrence, is not necessarily to share the utilitarian view that a net increase in aggregate happiness would be a sufficient justification for “punishing” innocents»: *Ibidem*, p. 708.

⁵⁰ «The standard moral objection to deterrence justifications of punishment imputes to the legal authorities a willingness to deceive, in order to produce deterrence, by making believe that the punishment is imposed as threatened by law, when it is not. This willingness and the priority it implies of deterrence over lawfulness, and over any moral value inconsistent with deception, is not inherent in the justification of the punishment by its deterrents effects, but only in the utilitarian version of it»: *Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate*, p. 708.

⁵¹ Cfr. *ibidem*.

En cambio se puede sostener la disuasión desde una perspectiva muy diversa del utilitarismo –religiosa, por ejemplo-, que no consiente esas ficciones porque no está dispuesta a sacrificar la virtud ni por la disuasión ni por la felicidad total. El castigo disuasorio se puede proponer para evitar violaciones de leyes que no tienen nada que ver con fines utilitaristas. Y se justifica el castigo del culpable, al que ya se le había amenazado para que se disuadiera⁵².

iv. La justificación de la retribución y de la disuasión

Volvemos momentáneamente a la justificación de las teorías de la retribución y de las teorías de la disuasión. Una justificación (algo diverso de una explicación) debería poner de manifiesto 1) por qué un acto es prohibido y castigado por la ley, 2) por qué se justifica un castigo severo para cada crimen, y 3) qué queremos conseguir con los castigos que disponemos para cada crimen. Así las cosas hay dos principales justificaciones normativas para las penas: I) El castigo se justifica por nuestro sentido de justicia (la retribución social socializa el deseo de venganza); II) la necesidad de control social y de protección (la satisfacción de esta necesidad debe justificarse normativamente). Cabe señalar que la primera atiende más al fin de hacer justicia, mientras que la segunda subraya más el papel de los medios que se emplean. La primera atiende poco a las consecuencias, la segunda ve las penas como un medio para el fin (y como un mal, justificable teleológicamente por los buenos efectos que se esperan: evitar el daño moral o material). En su forma pura, la justificación de la pena por la disuasión postula que es deseable la reducción del delito⁵³.

⁵² Cfr. *ibidem*.

⁵³ Cfr. *The Neoclassical Theory of Crime Control*, pp. 92-93.

3. Fines de la pena y su prioridad relativa

Sin querer plantear una *cuestión bizantina*, nos parece interesante señalar aquí que se aprecia en la literatura una preocupación por las prioridades relativas de los fines de la pena. Concretamente entre los aspectos retributivo y disuasorio. Así John P. Conrad, en su debate con Van den Haag, recoge una cita de Alf Ross, con el fin de dirimir la cuestión:

«La tradicional oposición entre retribución y prevención (...) no tiene sentido, porque las distintas respuestas no corresponden a la misma pregunta. Sostener que el castigo se impone para prevenir el crimen es ofrecer una respuesta a la pregunta sobre el *fin de la legislación penal*. Decir que el castigo se impone *porque* el criminal ha contraído (...) culpa es ofrecer una respuesta a la pregunta sobre (...) *la justificación para imponer penas*»⁵⁴.

Van den Haag no discute el contenido de este texto, pero da a entender, en el contexto del debate con Conrad, que la pregunta sobre la justificación de la pena -que se hacen los retribucionistas- es una pregunta moral, mientras que sería una cuestión objetiva la de cómo hacer que la pena sea disuasoria, tal y como se plantea la teoría de la disuasión⁵⁵.

⁵⁴ «The traditional opposition of retribution and prevention... is meaningless because the opposing answers are not concerned with the same question. To maintain that punishment is imposed *in order to* prevent crime is to offer an answer to the question of the *aim of penal legislation*. To say that punishment is imposed *because* the criminal has incurred... guilt is to offer an answer to the question of the... *justification for imposing penalties*»: ROSS, A., *Responsability and Punishment*, Stevens and Sons, Londres 1975, p. 44, citado por CONRAD, J. P., en *The Death Penalty. A Debate*, p. 20.

⁵⁵ «The moral question asked by retributionists demands a moral answer, the factual one a factual answer given by deterrence theories»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 29.

Ya en *Punishing Criminals* Van den Haag se había planteado si el castigo se impone por utilidad o por amor a la justicia⁵⁶. Tras señalar que los retribucionistas insisten en la justicia y los utilitaristas en la utilidad, afirma que no es necesario elegir entre una u otra opción, porque aunque a menudo ambas compiten en el sistema de justicia criminal, no se excluyen mutuamente. «Las dos están siempre presentes en el sistema; cada una debe predominar en una fase distinta del proceso. Cuando se distinguen las diferentes fases del proceso, la relación del castigo con la justicia y con la utilidad se hace clara»⁵⁷. En la fase legislativa del sistema de justicia penal prevalece la utilidad. Ésta es el fin principal al *hacer* leyes y *prescribir* castigos para los que las violan. Pero la justicia debe prevalecer en la fase judicial, cuando se *aplican* los castigos a los delincuentes singulares, quienes deben sufrir retribución porque ésta es justa, merecida por sus delitos, no porque sea útil a la sociedad. De ahí que la utilidad predomina al prescribir el castigo y la justicia, al aplicarlo⁵⁸.

Se hace justicia al aplicar castigos a los delincuentes según lo merecen sus delitos, tal como lo especifica la ley. La justicia legal implica ni más ni menos que honrar la obligación de hacer cumplir las leyes suscrita por el gobierno al dictarlas. Otros beneficios como la rehabilitación de los

⁵⁶ «Do we punish for the sake of utility –to modify the future behavior of the convict (and others)- or do we punish for the sake of justice?»: *Punishing Criminals*, p. 24.

⁵⁷ «Both are always present in the system; each must prevail in a different phase of the process. Once the different phases of the criminal justice process are distinguished, the relationship of punishment to justice and to utility becomes clear»: *Punishing Criminals*, pp. 24-25.

⁵⁸ «It is in the legislative phase of the criminal justice system that utility must prevail. Utility is the main purpose of *making* laws and of *prescribing* punishment for violators. But justice must prevail in the judicial phase, when penalties are *distributed* to the individual offenders. Retribution must be suffered by individual offenders because it is just, deserved by their offenses, not because it is useful to society. Hence, utility (mainly) in prescribing, justice in distributing punishment»: *Ibidem*, p. 25.

delincuentes, la protección de la sociedad mientras están incapacitados o, más aún, la disuasión de otros, son bienvenidos. Pero no son necesarios –y nunca suficientes– para castigar: son todos irrelevantes para hacer justo el castigo⁵⁹.

C. Los fines de la pena y el fin del sistema de justicia penal

Queremos ahora hacer unas consideraciones en continuidad con el último punto del epígrafe anterior.

Hemos visto que, a pesar de la dificultad de establecer un criterio objetivo para medir la justicia de la pena, nuestro autor afirma el fin retributivo de ésta y su compatibilidad con el disuasorio. “Hacer justicia” es un fin no instrumental, “indiscutible” de la pena. Pero, ¿qué se puede decir de los fines “utilitarios” (disuasión, incapacitación y rehabilitación)? ¿Cuál es su relación con el fin del sistema de justicia penal?

Recordemos que dicho sistema debe procurar evitar –en la medida de lo posible– la infracción de la ley. Por eso Van den Haag estudia la validez preventiva de los fines instrumentales de la pena, validez que se juzga con criterios de eficacia y se puede medir con índices de criminalidad⁶⁰.

⁵⁹ «Legal justice involves neither loss nor more than honoring the obligation to enforce the laws, which the government undertook in the very act of making them. Benefits, such as the rehabilitation of offenders, the protection of society from them while they are incapacitated, or, even more, the deterrence of others, are welcome, of course. But they are not necessary –and never sufficient– for punishment, and they are altogether irrelevant to making punishment just»: *Ibidem*.

⁶⁰ Nos parece oportuno hacer la siguiente observación referente a la terminología: si por *fines utilitaristas* de la pena se entienden los que evitan que en el futuro se cometan crímenes, esto de suyo tiene una vertiente de justicia, si bien la “paradigmática” de la justicia penal sea la retributiva, que, quizá porque se

1. Incapacitación y rehabilitación

«La incapacitación jurídica y la reeducación van dirigidas a impedir que los delincuentes singulares cometan delitos posteriormente»⁶¹. Nuestro autor señala que si estos delincuentes no son reemplazados por otros, evidentemente se reduce el índice de criminalidad. Esto ocurre con algunos tipos de delitos, como sería en general el caso de los asesinatos o estupro debidos a impulsos irracionales⁶².

Hay otros, en cambio, que responden a lo que llama *sistema de mercado*, como sucedería con los delitos cometidos contra la propiedad. En éstos, la reeducación o la incapacitación difícilmente tendrán efecto sobre el índice de criminalidad. Esto se explica porque si el delincuente quiere tener el beneficio esperado debe vender lo que robó. Y cuando se incapacita a los ladrones, llega al mercado menos mercancía robada, lo que determina un aumento del precio de ella. Este hecho a su vez anima a nuevos delincuentes, los cuales son atraídos por el lucro que esperan obtener de la venta de esos productos encarecidos. Finalmente, el valor de los bienes robados vuelve al nivel de partida. «La incapacitación sólo produce el efecto de reemplazar un delincuente por otro»⁶³. En definitiva, «reduce el

justifica por sí misma, no cae bajo ese apelativo. Más adelante veremos que el autor considera que el mero hecho de hacer justicia es útil.

⁶¹ «L' interdizione giuridica e la rieducazione sono dirette ad impedire che singoli delinquenti commettano ulteriori reati»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 35.

⁶² El caso ideal de reducción de delito por incapacitación del delincuente sería el del estrangulador de Boston: detenido éste, se acaba el delito que lo caracteriza. Este ejemplo es empleado por Van den Haag.

⁶³ «La disattivazione produce il solo effetto di rimpiazzare un delinquente con un altro. A rubare sarà ora il signor Rossi, anziché il signor Bianchi, il quale si trova in carcere oppure è stato rieducato»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 36.

número de los delitos cuyo fruto no debe o no puede necesariamente colocarse en el mercado»⁶⁴.

Nuestro autor dedica un artículo a tratar sobre la falta de incidencia de la rehabilitación –aun realizada con éxito– en la reducción de los índices de delincuencia⁶⁵

2. *Disuasión*

Veremos que Van den Haag es un defensor de la teoría de la disuasión. Como ya hemos señalado, esto no quiere decir que sea un utilitarista. Defiende la existencia de una reacción de “autoconstricción” en los individuos ante la amenaza del castigo, y otorga una gran importancia a la potencia disuasoria de la pena. Al mismo tiempo, cifra su eficacia tanto en la adecuada severidad como en la regularidad de la aplicación. La razón de ser de su insistencia en la disuasión es su aspecto de eficacia.

Al tratar de la eficacia de la disuasión, afirma que los hombres responden a incentivos e impulsos disuasorios que brotan de normas naturales, sociales o jurídicas. Al hablar de las leyes de la naturaleza, dirá que se autoimponen. Con esto da a entender que no se refiere precisamente al derecho natural⁶⁶. Las leyes económicas se pueden considerar casi

⁶⁴ *Ibidem*. Lo ilustra con la siguiente afirmación: El dinero robado no tiene que ser vendido forzosamente. Y no hay mercado para la venta de un estupro.

⁶⁵ VAN DEN HAAG, E., *Could Successful Rehabilitation Reduce the Crime Rate?*, en “The Journal of Criminal Law & Criminology” 73 (1982), pp. 1022-1035.

⁶⁶ «Le leggi di natura si autoimpongono: poche persone, invece di servirsi dell’ascensore, si lanciano dal sessantessimo piano di un grattacielo, anche se così facendo risparmierebbero tempo»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 43.

automáticas, dirá⁶⁷. También lo es la “conducta” típica de algunos delitos frente a la disuasión. Pero, los impulsos disuasorios que ofrece el derecho penal no son automáticos.

«Las sanciones penales se aplican mediante las fuerzas del orden y los tribunales, y parecen menos ciertas que las disuasiones impersonales propias de las leyes económicas, por no hablar de las leyes naturales. Por ello, las penas con que se amenaza tienen una eficacia disuasoria menor»⁶⁸.

Para que las penas fuesen previsibles al máximo, deberían ser independientes de la “individualidad” del delincuente, de los jueces y de los delitos... o sea: tan automáticas como lo consienta la justicia. Si las sentencias fuesen automáticas (es decir, obligatorias e imperativas), se tendrían menos en cuenta las motivaciones del autor del delito y las circunstancias del delito cometido. Así disminuiría la discrecionalidad, esto es, el poder de los jueces, de modo que se reduciría la “individualización” de la justicia a favor de la disuasión. Van den Haag parece sugerir que la oposición de muchos jueces y abogados a esta disminución de la discrecionalidad se debe a la pérdida de poder que les acarrearía⁶⁹.

⁶⁷ Emplea el siguiente ejemplo: si se premiase con diez mil dólares cada segundo de asistencia a un congreso, éste se llenaría. En cambio, si pusiésemos fuertes multas a los asistentes, pocos acudirían.

⁶⁸ «Le sanzione punitive vengono applicate per il tramite delle forze di polizia e dei tribunali e appaiono meno certe dei deterrenti impersonali propri delle leggi economiche, per non dire delle leggi naturali. Di conseguenza, le pene minacciate hanno minore efficacia come deterrente»: *Le finalità specifiche della sanzione penale*, p. 43.

⁶⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 43-44.

CAPÍTULO II. VAN DEN HAAG Y LAS TEORÍAS QUE PRETENDEN EXPLICAR LAS CAUSAS DEL DELITO

El capítulo VII de *Punishing Criminals* se titula *¿Cuál es la causa del crimen?* No hay, dirá nuestro autor, menos causas y explicaciones para la conducta delictiva que para la no delictiva¹.

Compara la conducta criminal a la carrera profesional y a las aficiones, en cuya elección intervienen diversos factores internos y ambientales. Distingue unas profesiones de otras, unas aficiones de otras, más que nada la ocupación misma. Los factores internos y ambientales pueden llevar a un hombre a ser vendedor o ejecutivo de publicidad, o, en sus aficiones, a jugar al baloncesto o a beber leche. Lo mismo en la conducta delictiva o respetuosa de las leyes. La mayoría de nosotros puede llegar a asumir cualquiera de las posibilidades. Lo que llegamos a ser depende del mismo tipo de combinación de estímulos internos y externos que pueden producir un profesor o un camionero². A continuación, señala algunas causas que parecen influir en la elección, y lo hace sirviéndose de las posturas de diversos autores.

¹ «There are no fewer causes and explanations of criminal than of noncriminal behavior»: *Punishing Criminals*, p. 73.

² Cfr. *ibidem*.

A. La imitación social

El magistrado francés Gabriel Tarde atribuye la causa de un diferente comportamiento, delictivo o no, a un proceso de *imitación social*. Siguiendo sus pasos, el criminólogo americano Edwin Sutherland depura la noción de imitación acuñada por Tarde. Según Sutherland algunas personas imitan una cosa, otras algo más, como el crimen, debido a una “asociación diferencial”. La hipótesis de la asociación diferencial consiste en que el comportamiento criminal se aprende en asociación con quienes consideran favorablemente ese comportamiento y aislándose de los que lo consideran negativamente. De modo que una persona en la situación “adecuada” se embarca en un comportamiento criminal de ese tipo si, y sólo si, el peso de las consideraciones favorables supera el de las desfavorables³.

Van den Haag señala que Tarde y Sutherland indican la dirección en que se debe buscar la explicación -del contagio-, pero no tanto el origen mismo del mal. Dicen lo que la madre, de un modo más informal, expresa con las palabras «el niño se metió en problemas porque se rodeó de malas compañías», lo cual no acaba de ser una explicación. Nuestro autor reconoce que mucho de nuestro comportamiento lo aprendemos de otros que nos sirven de modelos. Pero afirma que asociarse a otros es fruto de una selección voluntaria, al menos hasta cierto punto. «Y uno también selecciona qué está predispuesto a imitar del comportamiento ajeno. De ahí que la transmisión interpersonal de conducta -criminal o no- no excluye una contribución intrapersonal en su origen. Ni Sutherland ni la madre explican la inmunidad o receptividad individuales frente al contagio, que seguramente es tan importante en el análisis del comportamiento imitado,

³ «The hypothesis of the differential association is that criminal behavior is learned in association with those who define such behavior favorably and in isolation from those who define it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the favorable definitions exceeds the weight of the unfavorable definitions»: SUTHERLAND, E., *White Collar Crime*, Holt, Rinehart & Winston, New York 1949, p. 234; citado por VAN DEN HAAG, E., en *Punishing Criminals*, p. 74

como lo es en el de la enfermedad infecciosa, sobre todo si nos interesa inmunizar»⁴. Aun cuando estén sometidos a fuentes de infección, dos grupos que viven en situaciones similares pueden experimentar de modo muy diverso la propagación de la enfermedad. Aunque consideremos que los factores históricos pueden contar tanto como las circunstancias actuales, no tenemos una explicación satisfactoria⁵.

B. La teoría de la tensión

Platón se refirió a la ausencia de reglas y a la desintegración social como “anomía”. Émile Durkheim retomó la idea. Robert Merton le dio un sentido algo distinto: utilizó aquel concepto para explicar el origen social de la conducta criminal. Según él, cuando una sociedad sostiene fines –como la riqueza– bajo la sugestión de que todos podrían y deberían conseguirlos, como esto no los hace de suyo igualmente asequibles, quienes son incapaces de conseguirlos por medios lícitos pueden intentarlo a través de medios ilícitos.

Esto sucede en sociedades con alta movilidad, dice nuestro autor, de modo que cuanto más se ve como posible –o necesario– algo para cada uno, mayor es la sensación de fracaso si no se alcanza. En sociedades más tradicionales, donde el afán de progresar materialmente está menos extendido y el éxito no se mide por la adquisición individual de riquezas, esto sucede con menos frecuencia. Si este planteamiento fuese cierto

⁴ «And one also selects what one is predisposed to imitate in their behavior. The interpersonal transmission of behavior, criminal or otherwise, thus does not exclude an interpersonal contribution to its genesis. Neither Sutherland nor Merton explains individual immunity or receptivity to contagion, which surely is as important in the analysis of imitative behavior as it is in that of the infectious disease –particularly if we are interested in immunization»: *Punishing Criminals*, p. 74.

⁵ Cfr. *ibidem*, pp 74-75.

-concluye Van den Haag-, ayudaría a entender por qué son comparativamente altos los índices de criminalidad en Estados Unidos⁶.

La teoría de Merton es lo que llama Travis Hirschi una teoría de la *tensión*, ya que explica la delincuencia por la tensión (generada en el individuo) entre los medios disponibles y los fines a los que se ve impelido fuertemente por su sociedad.

C. La teoría del control

La noción de anomía de Platón y de Durkheim se podría llamar una teoría de *control*, porque señala los enlaces que *atan* los individuos a la sociedad y al orden social y que controlan sus acciones.

Dice Durkheim que «somos seres morales en la medida en que somos seres sociales». Los cambios bruscos -que suceden además a diferentes ritmos en las distintas partes de la sociedad-, la imposición de normas “desde fuera”, los contactos interculturales y los diversos conflictos (...) pueden romper la organización social y el vínculo de los individuos con la sociedad.

Para que se creen enlaces sociales sólidos debe haber modelos personales (referencias afectivas próximas y relevantes), dentro y fuera de las familias. También es verdad que las normas sociales se afirman interiormente y se siguen de modo diverso. En una sociedad de alta movilidad -diagnostica Van den Haag-, estos modelos se hacen escasos a causa de que las relaciones son transitorias e informales⁷.

⁶ Cfr. *ibidem*, p. 75.

⁷ «For social bonds to be created, models, “significant others”, must be available inside and outside families. Else social norms are unlikely to be firmly internalized and followed. In a highly mobile society such models become scarce as relationships become transitory and casual»: *Ibidem*, p. 76.

La teoría del control no lo explica todo: ayuda a comprender por qué los índices de criminalidad son altos entre los que han roto sus lazos con el ambiente social, pero no en otros casos, como el de los miembros de la Mafia, cuyos lazos son muy estrechos: Tal vez, para su comportamiento sería más apropiado hablar de “desviación cultural”.

D. Las teorías como explicaciones parciales

El psicoanalista parece admitir que algunos delitos están causados por la desviación cultural (Sutherland), otros por tensión (anomía de Merton), otros por la rotura de lazos sociales y controles (anomía de Durkheim), otros en fin por combinaciones de causas. No admite, en cambio, la pretensión de que una de estas teorías se presente como una explicación universal exclusiva⁸.

Van den Haag indica que, bien entendidas, las razones sociales son coherentes con las explicaciones del crimen basadas en la personalidad del individuo. Para expresarlo mejor se sirve de una analogía *epidemiológica*. Alguien puede enfermar en un ambiente que multiplica los gérmenes -lo que equivale al ambiente de muchos grupos sociales-, pero el hecho es que no todos los individuos sufren la infección: también es necesaria la disposición individual o vulnerabilidad. Lo mismo sucede con la criminalidad. Dentro del mismo grupo, unas personas se hacen delincuentes y otras no⁹.

Por eso nuestro autor, al paso que acepta la existencia de influencias que condicionan la conducta legal o delictiva, hace el esfuerzo de discernir. Si las mismas personas actúan de modo distinto en situaciones socialmente distintas, habrá que buscar una diferencia explicativa de carácter social. Si

⁸ «Although often formulated as an exclusive universal explanation, and although contributing to the explanation of some kinds of crime and of criminals, each of the three types of theory helps little with others kinds»: *Ibidem*.

⁹ Cfr. *ibidem*.

distintas personas actúan de modo distinto en la misma situación, habrá que pensar en una diferencia psicológica¹⁰.

Este discernimiento es necesario en el estudio del delincuente individual. En cambio para los grandes números afirma Van den Haag:

«Las variaciones en los índices de los tipos particulares de crimen no dependen demasiado de los cambios en las inclinaciones delictivas de los individuos y en sus causas. Tales inclinaciones y causas parecen ser fuertemente constantes. Las variaciones en la frecuencia de un crimen dado dependen más a menudo de las diferencias en la oportunidad de cometerlo (con un riesgo aceptable para el criminal) y de las variaciones del beneficio derivado de él»¹¹.

Las teorías de las causas del delito, son interesantes y pueden ayudar a hacer inteligible la aparición y frecuencia de la conducta criminal, pero no parece que puedan aplicarse al control del crimen ahora, ni que sugieran modificaciones de sus instrumentos de control, como p. ej. el castigo. Cuanto más general es una teoría, menos ayuda en las decisiones políticas. ¿Qué podemos hacer para reducir la tensión, cambiar las subculturas o estrechar los lazos entre los individuos?

Podríamos argumentar a nuestro autor que el enfoque de las teorías de las causas del delito parece eludir la cuestión -filosóficamente compleja- de la libertad humana. En cualquier caso, él busca una vía para la exposición

¹⁰ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 76.

¹¹ «Changes in the rates for particular types of crime do not depend much on changes in the criminal inclinations of individuals and on whatever causes them. Such inclinations depend on changes in the opportunity to commit the crime (at a risk acceptable to the criminal) and of variations of the benefit derived from it»: *Ibidem*, p. 77. Van den Haag pone el ejemplo del robo de coches. El número de coches robado dependerá principalmente 1) del número total de coches, 2) del suministro de coches fácilmente sustraíbles, 3) del coste (legal) de robar coches, 4) de la demanda de coches robados. Dados 1), 2) y 3) el número de coches robados depende mucho de la demanda, que a su vez puede variar mucho con la variación de penas por compraventa de coches de dudoso origen.

del problema que no sea incompatible con dichas teorías ni con la capacidad de los individuos de responder a la disuasión. Nos parece percibir que su discurso se dirige a mostrar que la mayoría de los delincuentes son individuos psicológicamente normales. Pasamos a exponer su clasificación de los delincuentes.

E. Los tipos de criminales según Van den Haag

Nuestro autor hace una doble clasificación de los delincuentes: la primera responde más a la analogía económica y la segunda es una clasificación psicológica. Como veremos ambas clasificaciones se solapan.

1. Delincuente profesional y delincuente ocasional

a) El crimen como carrera

«Cuando el crimen es una carrera, la elección ocupacional del criminal está influida por los factores que habitualmente influyen tal elección», ya acabe en la urología, la banca, la edición de libros (...) o el robo. Influyen los modelos familiares, las expectativas para aprender a situarse uno mismo, las oportunidades que se cierran en unas direcciones y se abren en otras por tradición, relaciones familiares o condiciones locales; influyen los amigos y los conocimientos que se tienen, y todo el ambiente en que uno se mueve. Estas y otras cosas contribuyen a la elección de carrera y a la formación del carácter del editor profesional, del jurista o del trapisondista¹².

Luego, no es necesario encontrar siempre una diferencia psicológica entre el delincuente y el ciudadano honrado. Algunos criminales se distinguen de los que no lo son: sus restricciones internas son algo más

¹² Cfr. *Punishing Criminals*, p. 78.

endebles en varias direcciones, o sus impulsos (que cuando no se constriñen llevan a actos ilícitos) son algo más intensos. Otros no¹³.

Contempla el psicoanalista diversas posibilidades: para el delincuente las tentaciones externas o las oportunidades pueden haber sido mayores; o menores las oportunidades legítimas. O puede haber aprendido a aceptar como legítimas algunas actividades que la ley prohíbe, porque ve que la gente que le rodea se emplea en ellas. Así, en algunos ambientes se consideran aceptables las drogas o el alcohol, mientras que en otros se rechazan como tóxicas o pecaminosas.

En cualquier caso, no parece confirmarse la idea de que “el crimen no paga” y de que siempre es irracional. El crimen “paga” en muchos casos y dedicarse a él puede ser muy racional para la persona. Como hacía considerar Gary Becker, hay quienes se hacen delincuentes no por una motivación básica diferente a la de otros, sino porque para ellos los costes y beneficios de la actividad delictiva son distintos que para los demás¹⁴.

Van den Haag concluye: 1) que, en algunos casos, hay que buscar la razón del delito en el aspecto irracional del delincuente, pero en muchos se trata de una acción perfectamente racional; 2) que dentro del grupo de la gente psicológicamente normal, pueden darse conductas puntualmente irracionales; 3) que no parece que se pueda erradicar en su totalidad el crimen racional ni el irracional, pero que la sociedad puede reducir el crimen racional incrementando su coste comparativo y reduciendo su beneficio comparativo tanto como sea posible, de modo que pocos

¹³ «Some criminals differ from noncriminals: their internalized restrains are slightly weaker in some directions or their impulses (which when unrestrained lead to unlawful acts) are slightly stronger. But there need no such psychological difference to produce an offender»: *Ibidem*, p. 78.

¹⁴ «The idea that “crime does not pay” and is therefore always irrational does not seem to be borne out. Crime does “pay” in many cases and can be quite rational for the person engaged in it. In Gary Becker’s words: “Some persons become criminals therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ”»: *Ibidem*.

delincuentes puedan esperar razonablemente conseguir una mayor ganancia del crimen que de la actividad legal¹⁵, (esto, explica Van den Haag, significa que básicamente hay dos posibles líneas de actuación para la reducción del delito: la primera es hacer mayores o más disponibles las oportunidades de ganancias legítimas, de forma que se reduce el beneficio comparativo de las actividades ilegítimas; la segunda consiste en incrementar las oportunidades de captura, condena y castigo severo para las actividades ilegales, lo que supone añadir costo al crimen respecto de la actividad legítima y también reducir su beneficio neto¹⁶); 4) y que la rehabilitación de aquéllos cuyo crimen es racional no parece ser efectiva: si son racionales, no pueden ser curados de irracionalidad, enfermedad o disposiciones excepcionales de carácter que no tienen. «Lo que debe “rehabilitarse” son las circunstancias que hacen el racional crimen »¹⁷.

b) Delincuentes “no profesionales”

Hay también delincuentes “no profesionales”, ocasionales. Éstos pueden haberse encontrado en una situación en la que otras muchas personas también habrían violado la ley. Su personalidad tal vez no es diferente. Las amenazas disuasorias pueden ser tan efectivas en ellos como en los demás, pero la tentación (externa) puede haber sido más fuerte o distinta de las tentaciones u oportunidades a las que otros están expuestos.

¹⁵ «Rational crime is as unlikely to be eradicated altogether as irrational crime. No society is likely to succeed in making all crime disadvantageous (irrational) to everybody. However, societies can reduce rational crime by increasing the comparative cost and reducing the comparative benefit of crime wherever possible so that fewer offenders can rationally hope to achieve a greater gain from crime than from legitimate activity»: *Ibidem*, p. 79.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 79.

¹⁷ «What must be “rehabilitated” are the circumstances that made crime rational»: *Ibidem*, p. 80.

La mujer asesinada por su marido puede ser una esposa a la que la mayoría de los otros maridos podría haber asesinado. El millón de dólares que el malversador roba podría haber sido robado por otro si hubiera tenido la oportunidad de hacerlo, etc. Son crímenes cometidos por gente normal en situaciones extraordinarias -que no quiere decir necesariamente extremas- que les presionan o tientan a actuar ilegalmente¹⁸. Situaciones en las que otros «gracias a Dios» no se han encontrado nunca.

La mayoría de los delincuentes no son psicópatas, pero algunos sí. «Los psicópatas, por definición, se distinguen de la gente normal en que no experimentan sentimientos de culpa. Psicológicamente les es más sencillo cometer delitos. (Pueden ser pocos, pero sus crímenes son siempre más impresionantes). Ciertos tipos de neuróticos y psicóticos también cometen crímenes -la mayoría no-. Normalmente, sin embargo, los crímenes son cometidos por gente que se sitúa en el rango de lo psicológicamente "normal"»¹⁹.

La explicación más frecuente de la conducta ocasionalmente delictiva sería la "confluencia" de una situación inusual con una personalidad ligeramente desviada, sin que ninguna de ambas tenga que ser necesariamente extrema. La combinación de las dos puede "producir" el crimen. Si la resistencia de la persona a la tentación es sólo un poco menor que la media o sus motivaciones -p.ej. la codicia- sólo un poco superiores a lo normal, no hay motivo para asumir una personalidad completamente "diferente", criminal o enferma.

¹⁸ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 80-81. Van den Haag confía poco en la rehabilitación. Además, en general, descarta su incidencia en los índices de delincuencia.

¹⁹ «Psychopaths, by definition, differ from ordinary people in that they do not experience guilt feelings. They find it psychologically easier to commit crimes. (They may be few, but their crimes are all the more striking.) Certain types of neurotics and psychotics also commit crimes. (Most do not.) Ordinarily, however, crimes are committed by persons within the range of the psychologically "normal"»: *Ibidem*, p. 81.

La “media” significa que aproximadamente la mitad de la población está por debajo y la otra mitad por arriba del punto medio, y la mayoría está muy cerca del punto medio. Otros podrían haber resistido la mayoría o incluso todas las tentaciones a las que sucumbió el delincuente. «La línea entre el delincuente y el no delincuente es tan borrosa como la línea entre la tentación ordinaria y la extraordinaria. Los extremos opuestos son claros pero la mayor parte de la gente cae en algún lugar entre ellos»²⁰.

2. Tipos de delincuentes desde el punto de vista psicológico

Aunque admite que no siempre será fácil delimitar a qué grupo pertenece el delincuente singular, nuestro autor encuentra útil desde el punto de vista analítico distinguir al menos dos tipos de delincuentes²¹.

El primero lo constituirían los que son decisivamente empujados por fuerzas *intrafísicas*, por rasgos de carácter, aunque éstos sean adquiridos. Estas personas parecen expuestas a cometer crímenes en la mayoría de las situaciones en las que se encuentren. Este grupo se subdividiría en el de los que están predispuestos al delito sólo *temporalmente* (p. ej. algunos adolescentes que atraviesan una etapa desafiante en su desarrollo), y el de los que se hallan *permanentemente* en esa disposición por razones persistentes de índole “caracterológica”. Siempre que sea posible, estos últimos deberían estar permanentemente incapacitados.

²⁰ «Still, the line between the offender and the nonoffender is as blurred as is the line between ordinary and extraordinary temptation. The polar extremes are clear. But most people fall somewhere between them»: *Ibidem*, p. 82.

²¹ El autor emplea el término *offender* que traducimos habitualmente como *delincuente* (y *offense*, que traducimos por *delito*) si bien, como reconoce el derecho penal, para considerar un acto como delito se requiere un mínimo psicológico que no se da, p. ej., cuando el que lo comete padece determinados trastornos mentales. En esos casos habría que leer por “delincuente”, *presunto delincuente*, y por “delito”, *acto delictivo*.

El segundo grupo es muy diferente. Lo forman los que, en lo relativo al carácter, no están más inclinados al delito que los no delincuentes, pero se han encontrado en algunos tipos de *situación* (p. ej. matrimonial o económica) en la que una persona “media” habría cometido un crimen. Esos delitos se deben primariamente a estímulos externos, en ausencia de los cuales podrían no haber sucedido. Los delincuentes que responden a esto (delito como respuesta a estímulos externos más que provocado “intrafísicamente”) se pueden subdividir a su vez en dos grupos: aquéllos cuyo ambiente hace el crimen racional en términos de costo y beneficio, y aquéllos que se encuentran, temporalmente al menos, en una situación en la que el crimen es una reacción normal, aunque no necesariamente racional²².

«Aunque cada delincuente del primer grupo (intrafísico) comete más delitos, la mayoría de los delincuentes probablemente están en el segundo (extrafísico)». Ambos grupos se solapan. De nuevo es fácil hablar de los extremos, pero la mayoría de los delincuentes caen en medio. La distinción tiene importancia, afirma Van den Haag, en lo relativo a la rehabilitación e incapacitación. Éstas no son muy necesarias en el grupo que sólo delinque cuando la provocación externa es muy grande, pero el amor a la retribución y a la disuasión exige el castigo²³. La rehabilitación es necesaria para aquéllos predispuestos, por el carácter, al delito, aunque no se sabe bien cómo llevarla a cabo. Puede que haya casos sin posible rehabilitación, en los que la incapacitación se muestre como el único modo de proteger a la sociedad²⁴.

Las diferencias de situación, personalidad, ambiente, etc., ayudan a explicar por qué ha funcionado o no la disuasión, pero no exoneran a los

²² Cfr. *Punishing Criminals*, pp 82-83. El autor señala que muchos de los héroes de las tragedias de Shakespeare se ajustan a esta figura.

²³ «Punishment is exacted for the sake of retribution and of deterrence»: *Ibidem*, p. 83.

²⁴ Cfr. *ibidem*.

delincuentes ni dan a entender que todos los delincuentes sean irrefrenables²⁵. Esas diferencias ayudan a explicar por qué, en situaciones similares o con motivaciones semejantes, un delincuente se constriñe y otro no, lo que es útil para ver que el mismo delincuente podría haberse disuadido si las circunstancias -incluida la amenaza de castigo-, hubieran sido diversas. De la importancia de las circunstancias no se sigue que el delincuente deje de ser responsable de sus actos. Como “el espíritu está pronto, pero la carne es débil”, y son abundantes las tentaciones de cometer delitos, todos somos capaces, hasta cierto punto, de caer en ellos. Casi todo el mundo se encuentra en algún momento de su vida en situaciones que pueden tentarle. En esto los delincuentes, en su mayoría, no son distintos del resto de la población. Y precisamente por ello la sociedad debe facilitar la resistencia a la tentación a través del castigo y estigmatizando el crimen como algo odioso, de modo que la mayor parte de la gente no caiga en las tentaciones que ninguna sociedad puede eliminar²⁶.

²⁵ «Differences in situation, personality, or milieu, then, may explain why some offenders were not deterred while others were. But they do not exonerate offenders or make all offenders nondeterrable»: *Punishing Criminals*, p. 83.

²⁶ «Because most offenders are not significantly different from the rest of the population, society must reinforce resistance to the temptation by punishment and by stigmatizing crime as odious, so that most people will not yield to the temptations no society can eliminate»: *Ibidem*.

CAPÍTULO III. VAN DEN HAAG FRENTE A LAS TEORÍAS QUE NIEGAN EL ASPECTO RETRIBUTIVO O EL DISUASIVO DE LA PENA

A. Ferri y el ambiente social

Nuestro autor atribuye al pensador y abogado italiano Enrico Ferri un gran influjo, aunque sea indirecto, en las teorías de la pena. Esto vale a escala global, pero más concretamente en Estados Unidos¹.

Líder de lo que llamó “la escuela positiva del Derecho”, descartaba que la pena fuese retribución o medio para controlar el crimen. Veía de un modo un tanto fisicista la relación entre delincuencia y el ambiente: de modo semejante a como el volumen de disolvente y la temperatura condicionan la concentración de sustancia química, el ambiente social determinaría la frecuencia del delito. En cierto sentido las estadísticas reflejan la idea de Ferri sobre la variación de la delictividad con las culturas, subculturas y ambientes económicos. Es algo tan aceptado -comenta Van den Haag-, que parece de sentido común.

Sin embargo este planteamiento tan sencillo suscita preguntas relativas a la responsabilidad, a la susceptibilidad ante la disuasión y a las

¹ Señala además que esto rara vez se reconoce y que Ferri podría no aprobar el desarrollo que han sufrido sus ideas.

posibilidades de reducción de la delincuencia². Cabría, por ejemplo, aplicar al arte, al ajedrez o al baloncesto, etc. lo que aplica Ferri al delito³; en definitiva reconocer la influencia del ambiente no supone negar la responsabilidad, ni en el ámbito profesional ni en el delictivo. Y lo mismo cabe decir de la disuasión⁴.

Van den Haag, no obstante las limitaciones del planteamiento de Ferri, lo considera aprovechable y compatible con la analogía económica. Tendrían una delincuencia semejante los distintos ambientes, si en ellos los “costes” y “beneficios” del delito fuesen iguales. Pero los distintos ambientes producen -para el crimen- una relación “coste-beneficio” distinta, y de ello se derivan índices de delincuencia distintos⁵. Aunque el “coste” sea el mismo en todos los ambientes⁶, el “beneficio” puede no serlo, entre otras cosas porque los ambientes influyen en la valoración que hace el individuo de las ventajas e inconvenientes de la vida delictiva⁷. Esto no

² Si la proporción de los delitos depende del ambiente, ¿esto exonera a los singulares delincuentes de responsabilidad? (...) ¿hace que sea imposible disuadirlos con la amenaza de castigo? (...) y, sin tener en cuenta las penas, ¿qué se puede hacer para cambiar los ambientes (lo suficiente) como para reducir los índices de delincuencia? Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 84-85.

³ Pone los ejemplos de la Florencia Renacentista para el arte, del Detroit del siglo XX para el delito, o de Rusia para el ajedrez.

⁴ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 85.

⁵ «If the costs and benefits of crime were uniform throughout all environments, so would the crime rate be. It is not. Different environments produce a different cost-benefit ratio for the crime, and therefore different crime rates»: *Ibidem*, p. 85.

⁶ Salvo lo relativo a la “estigmatización”, que afecta más a quienes no viven en ambientes “criminogénicos”.

⁷ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 85. El autor expone que normalmente una persona pobre puede llegar a ganar más con el crimen y que parece tener menos alternativas legítimas que una persona rica. Para el pobre los costes subjetivos pueden ser menores también, ya que la gente que vive en los suburbios ve más crímenes y asume internamente menos el comportamiento legal que la gente de

quiere decir que el individuo deje de ser responsable o susceptible de disuasión, ni que se muestre insensible a la legislación penal⁸.

Expresándolo en los términos que empleaba Ferri, el coste legal del delito (castigo) sería parte de la “temperatura” (ambiente) que condiciona la concentración de “sustancia química” (delito) en un volumen de agua dado (población). Si varía el coste del crimen puede cambiar el índice de criminalidad, a través de la variación de la relación coste-beneficio. Si se vuelve el ambiente menos favorable al crimen, el índice de delincuencia se reduce⁹.

En cierto sentido Ferri no cayó en la cuenta de que en su modelo explicativo cabía incluir el efecto disuasorio de la pena como parte de las variables ambientales. O quizá, como abogado defensor, estaba más inclinado a abrir legítimas oportunidades al pobre y a dar “tratamiento” individualizado al delincuente, etc., que a endurecer los castigos. Quizá con la insistencia en la importancia “causativa” del ambiente buscaba excluir la responsabilidad personal y la disuasión. Podía haber considerado como variable “ambiental” importante el aspecto disuasorio de la pena, y dejar como constantes el resto de variables. Pero no lo hizo: prefirió la opción inversa. El planteamiento de Ferri deja en el aire la cuestión de la responsabilidad y la retribución. No obstante, nuestro autor le reconoce el

clase media. Y como ambos cocientes coste-beneficio (el subjetivo y el objetivo) favorecen más el delito, los índices de delincuencia son mayores en los suburbios.

⁸ «Since both the objective and the subjective cost-benefit ratios favor the crime more, crime rates are higher in the slums. It does not follow, however, that legal sanctions cannot influence crime rates, or the variance among them; that deterrence cannot work; or that offenders lack the ability to refrain from offenses and are not responsible for them»: *Punishing Criminals*, pp. 85-86.

⁹ «Changing the cost of crime can change the crime rate by changing the cost-benefit ratio. By making it less favorable to crime, the crime rate is reduced. This actually follows from Ferri’s argument, although he does not acknowledge it»: *Ibidem*, p. 86.

mérito de haber prestado atención a otras “variables” que habían sido olvidadas¹⁰.

B. Condiciones sociales y sanciones legales

«La incidencia del crimen en diversos grupos caracterizados por edad, sexo, ingresos, raza, subcultura y educación varía mucho. Muy posiblemente, las condiciones de vida de los grupos con alta frecuencia de crímenes son una causa de esto. Algunas de estas condiciones se pueden cambiar; otras no»¹¹.

Admite nuestro autor que algunas condiciones son exclusivamente sociales, y podrían cambiarse para reducir el crimen. El problema es que las condiciones sociales y las costumbres responden con dificultad a las intervenciones gubernamentales. Cambian y pueden cambiarse deliberadamente, pero no es fácil. No se ha encontrado un modo eficaz de predecir y menos de dirigir un cambio histórico. A pesar de su insistencia en la importancia de las penas para el control del delito, nuestro autor admite que los cambios sociales pueden merecer la pena, aun en el caso de que el ambiente no sea tan influyente que “obligue” a delinquir¹².

¹⁰ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 86.

¹¹ «The incidence of crime in various groups, characterized by age, sex, income, race, subculture and education, varies greatly. Quite possibly, the living conditions of groups with high crime frequency are a cause of it. Some of these conditions can be changed; others cannot be»: *Ibidem*, pp. 86-87. Señala que los crímenes violentos son más frecuentes entre varones jóvenes, pero no se pueden eliminar la virilidad ni la juventud. Ni parece que sea fácil cambiar las influencias culturales que forjan o intensifican la relación entre juventud, virilidad e índices de violencia comparativamente altos.

¹² Cfr. *ibidem*, p. 87.

1. Pobreza y resentimiento

a) Pobreza

Frecuentemente se piensa que la pobreza es una de las condiciones que inducen a la conducta delictiva¹³, de modo que una vía para combatir el delito consistiría en aliviar las necesidades económicas de los pobres. Van den Haag duda que sea una buena política penal la de promover cambios sociales. Piensa que la reducción de la delincuencia pasa en primer lugar por una optimización del funcionamiento de las penas. Para optar por la política de cambio social primero habría que comparar su coste y eficacia con el coste y la eficacia de una política basada en el efecto disuasorio de las penas. Ambas estrategias pueden ser efectivas (y costosas). Ambas pueden ayudar en la resolución del problema¹⁴. En definitiva, lo que habría que plantearse en cada momento es qué cambio ahora y en esta situación será más efectivo. Se puede enfocar con el esquema costo-beneficio: en el “costo” van incluidas las cosas (como dinero, “privacidad”, o la libertad del convicto) que se sacrifican por el objetivo. El “beneficio” esperado es la reducción del delito¹⁵.

¹³ «Poverty is usually regarded as a prime suspect among crime-causing conditions»: *Ibidem*, p. 87.

¹⁴ Van den Haag pone el ejemplo del “delito” de tirar papeles. Uno puede reducirlo con las siguientes medidas: 1) aumentando la multa, 2) aumentando la probabilidad de tener que pagarla, 3) poniendo más papeleras, 4) educando y exhortando a la gente, 5) reduciendo la producción de papel de embalar y otros materiales que la gente tira. En este ejemplo 1 y 2 constituyen el “costo” del delito para el delincuente, 3 equivale a facilitar que haya oportunidades legítimas y rentables como alternativa al delito, 4 supone tratar directamente de fomentar las constricciones internas y 5 es un modo de reducir la posibilidad de delinquir.

¹⁵ «There is no principle that opposes enviromental change to legal threats of punishment. Both can reduce the crime. Relative cost, each is more effective than the other in some circumstances and less in others. The question is always: Which change at the particular time, in the particular situation, will be most

Si los cambios sociales que deberían haber reducido los índices de delincuencia no han sido efectivos, puede ser porque no se haya llegado a un “umbral crítico”. Pero Van den Haag tiende a pensar más bien que la dirección en que se han planteado los cambios no se adecuaba a los objetivos. Quizá no se ha comprendido la diferencia entre los crímenes “expresivos” y los instrumentales. La mayor parte de los crímenes contra la propiedad son instrumentales: el delincuente, se equivoque o no, espera que el crimen “pague”: confía obtener con el delito lo que difícilmente alcanzaría con medios lícitos. De un modo sencillo se puede hacer los delitos instrumentales más costosos al delincuente, de manera que no le sean “rentables”.

En cambio, muchos delitos contra la persona están ligados a un sentimiento. Pueden por ello ser algo menos susceptibles de disuasión porque están más afectados por factores culturales y emocionales. En cualquier caso, tanto los delitos instrumentales como los expresivos pueden variar entre las distintas subculturas¹⁶.

La versatilidad del dinero lo hace objeto de muchos delitos. El deseo de apropiarse indebidamente de dinero no pertenece a ninguna clase en particular, aunque cada grupo social tenga sus delitos típicos. Más que las necesidades básicas, son las cosas superfluas las que nos incitan a cometer los peores crímenes. Esta afirmación valdría para casi todos o todos los

effective in reducing crime, per unit of cost? (“Cost,” here, is to be understood as including anything valued that must be foregone to make the change, such as money, or privacy, or the freedom of the convicted.) Since the reduction of crime is the benefit expected, the analysis can proceed on cost-benefit lines»: *Punishing Criminals*, p. 88. Van den Haag señala que harían falta muchos más datos de los actualmente disponibles, p. ej. saber cuánto se reduce el crimen, en unas circunstancias dadas, con arrestos, condenas y años en prisión adicionales, y a qué costo.

¹⁶ Pone el ejemplo de la reacción ante el insulto: en una subcultura la respuesta típica puede ser poner una demanda; en otra, en cambio, lo que cabe temer es una reacción violenta. En una subcultura una persona necesitada está dispuesta a aceptar un mal trabajo o a morir de hambre, y en otra roba y eso es lo que se “espera” de ella.

delitos sexuales, para el crimen organizado, los crímenes políticos, la corrupción, el fraude, que -más que resolver la pobreza- satisfacen respectivamente la pasión, la codicia, el deseo de poder. Según el psicoanalista todavía hay quien promete reducir algunos delitos -cometidos por pobres la mayor parte de las veces¹⁷-, mediante la reducción de la pobreza. Pero esta promesa no se ha cumplido¹⁸: desde los años veinte se ha reducido mucho la pobreza en Estados Unidos, según los datos del gobierno, medidos en dólares de poder adquisitivo constante. Si en 1920 la mitad de las familias de EE.UU. eran pobres, en 1962 sólo lo era un quinto, y menos de un sexto en 1966. El índice siguió disminuyendo algo después. La criminalidad, en cambio, no se ha reducido¹⁹, de modo que el aumento de la pobreza no puede considerarse como causa del aumento de la delincuencia, porque actualmente hay menos pobres, y los que hay son menos pobres que en el pasado.

¿Y si la causa de la delincuencia es la pobreza relativa? Aunque haya mejorado la economía de todos los ciudadanos, podría haber aumentado la "distancia" entre los que han permanecido pobres y los que no. No parece ser ésta la respuesta: «Al contrario, la distancia entre los que tienen más y los que tienen menos se ha reducido»²⁰. Esa tendencia a la igualación se ha mantenido en la estructura general de ingresos, aunque su "pendiente" varíe con los periodos y en los distintos segmentos de la estructura. «Hay

¹⁷ Atracos, hurtos y robos con allanamiento de morada.

¹⁸ «But reduction of poverty still promises to reduce some crimes most frequently committed by the poor -e.g., muggings, burglaries, theft, robberies, assaults. This promise has not been kept»: *Punishing Criminals*, p. 90.

¹⁹ «If crime has been reduced as much as poverty, it is a well-kept secret»: *Ibidem*.

²⁰ Entre 1936 y 1950 crecieron un 14% los ingresos de las clases acomodadas, (32% en los mejores casos), pero en el grupo de los más pobres los ingresos crecieron el 125%. Cfr. *ibidem*, p. 91.

menos pobreza relativa, menos pobreza, y una menor proporción de pobres que veinte, cincuenta o cien años atrás»²¹.

b) Resentimiento

Van den Haag comenta una hipótesis explicativa de por qué, aunque se haya reducido la pobreza y la pobreza relativa, no se han reducido los índices de delincuencia que tienden a asociarse a aquéllas. Si en la sociedad existe el convencimiento de que la prosperidad es un bien que todos van a alcanzar, puede suceder que este deseo se vea frustrado en las personas particulares. Incluso los que han mejorado su situación económica pueden no haberlo logrado en la medida de sus expectativas. Y esto puede originar un “resentimiento” subjetivo. Evidentemente se trata de una explicación parcial, pero es coherente con los hechos socio-económicos, señala nuestro autor. El fracaso en el nivel de bienestar puede deberse a contar con menos modos legítimos de mejora, sea por falta de oportunidades y de educación, o por falta de inteligencia, de constancia o por pensar demasiado en el presente²².

Paradójicamente la reducción de distancias entre las clases sociales puede hacer crecer el resentimiento. Se ha pasado de una sociedad en la que las clases altas y bajas eran mundos aparte -en cuanto a educación y condiciones de vida-, a una sociedad en la que el pobre comparte gran parte de las expectativas comunes a los no pobres -especialmente el afán de consumo-. Así, más que la pobreza en sí, el afán insatisfecho puede conducir a la sensación de privación. Las perspectivas insatisfechas pueden contribuir a la motivación que, en ciertas circunstancias, produce el crimen.

²¹ «There is less relative poverty, less poverty, and a smaller proportion of poor than twenty, fifty, or a hundred years ago»: *Ibidem*.

²² Cfr. *ibidem*, pp. 92-93.

Quizá por ello la reducción de la delincuencia no responde a las estimaciones de Belton Fleisner²³. Así lo expone Van den Haag:

«El resentimiento podría justificar delitos emocionales y reducir las restricciones morales. Hay muchos indicios de la intensificación del resentimiento (aunque no haya prueba concluyente). Pero el contento no se fabrica. En su conjunto, no depende de circunstancias que el gobierno pueda controlar»²⁴.

A lo largo de las décadas habría ido cambiando tanto la percepción de la pobreza como la “autopercepción” de los que la padecen. Si antiguamente la indigencia era algo tan extendido que se podía ver como algo normal, actualmente se ve como algo más raro, sin que por ello se piense en la parte de responsabilidad que -respecto de su propia penuria-, pueda tener el pobre. La pobreza no se acepta ya como parte del cuerpo social, y ha pasado a considerarse como una patología social provocada por los ricos. Esta patología absolvería de su responsabilidad a los pobres, legitimando los delitos que pudiesen cometer. Por el mismo motivo las medidas de disuasión se considerarían injustas cuando no ineficaces²⁵.

²³ «Perhaps this helps explain why no decreases in delinquency have occurred, even though Belton Fleischer, in *The Economics of Delinquency* (Chicago: Quadrangle Books, 1966), has estimated that “a 10 percent rise in incomes might well result in a 20 percent decline in delinquency”»: *Punishing Criminals*, p. 93.

²⁴ «Resentment might justify offenses emotionally and reduce moral restraints. There are many indications of intensified resentment (though there is no conclusive proof). But contentment cannot be manufactured. It does not altogether depend on circumstances any government can control»: *Punishing Criminals*, p. 93.

²⁵ «No longer accepted as a part of the physiology of the body social, poverty has come to be regarded as a social pathology. It is now seen as an injustice committed by the rich, who are held responsible for depriving the poor. In many minds this injustice legitimizes the offenses the poor commit, absolves them from responsibility, and makes deterrent measures unjust and somehow also ineffective»: *Ibidem*. El autor sugiere que las críticas que recibió el trabajo de Hernstein, Banfield y Arthur Jensen se debieron a que éstos cometieron el

2. *Shuman y Quinney*

Lo cierto es que la ley en general contempla a los delincuentes como seres responsables. En cambio muchos criminólogos los consideran víctimas de condiciones que superan al individuo. Para Paul Bator, la noción penal de “condena justa” no es más que la hipocresía cruel de una sociedad pagada de sí misma que somete al individuo lisiado psicológica y económicamente a un escarnio. Bator niega la naturaleza responsable del delincuente, condena como anticientífico y desfasado a quien sostenga lo contrario, rechaza la función educativa y disuasoria de la pena, y critica el fracaso de la rehabilitación individualizada de los delincuentes²⁶.

S. I. Shuman no tendría una visión muy diversa de Bator, porque da a entender que para muchos habitantes de los guetos cometer delitos es algo inevitable. Si éstos acaban en la cárcel, se puede afirmar de ellos que son prisioneros políticos²⁷, ya que se les castiga por las inevitables consecuencias de un cierto estado sociopolítico²⁸.

“pecado” de atribuir la pobreza a causas distintas de la injusticia de los ricos y del “sistema”.

²⁶ «...that the criminal law’s notion of just condemnation is a cruel hypocrisy visited by a smug society on the psychologically and economically crippled; that its premise of a morally autonomous will with at least some measure of choice whether to comply with the values expressed in a penal code is unscientific and outmoded; that its reliance on punishment as an educational and deterrent agent is misplaced, particularly in the case of the very members of society most likely to engage in criminal conduct; and that its failure to provide for individualized and humane rehabilitation of offenders is inhuman and wasteful”»: BATOR, P., *Finality in Criminal Law and Federal “Habeas Corpus” for State Prisoners*, en “*Harvard Law Review*” 76 (1963), citado por VAN DEN HAAG, E., en *Punishing Criminals*, pp. 94-95.

²⁷ Shuman era profesor de Derecho y Psiquiatría en la Wayne State University.

²⁸ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 95. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *No Excuse for Crime*, en “*The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*” 423, Jan. 1976, p. 134. En adelante mencionaremos este artículo como *No Excuse for Crime*.

Obviamente Van den Haag discrepa de este planteamiento porque no considera que los delitos sean “inevitables consecuencias”. Si el delito fuese una consecuencia inevitable –reconoce– el castigo podría ser injusto. En cualquier caso es absurdo pensar que todo preso es preso político. Este término se emplea para quien está encarcelado porque trata de cambiar el sistema político: no es el caso de la mayoría de los delincuentes. La calificación de “inevitable” para el delito es simplemente inaceptable. Una cosa es admitir que sea más difícil comportarse legalmente si uno vive en un gueto y otra muy distinta afirmar que quien lo logra es una persona extraordinaria. Van den Haag subraya que lo anormal es comportarse de modo ilegal. La actividad delictiva no puede compararse a enfermedades que escapan al control del individuo, aparte de que dichas enfermedades sólo constituyen excusa legal cuando son la causa del delito o del daño o de la ausencia de control del mismo. Pero la pobreza no produce una enajenación de ese tipo en quien la padece²⁹.

Que la pobreza pueda hacer que la tentación sea mayor no la convierte en un eximente. Otra cosa es que el que delinque tenga un defecto individual específico o una enfermedad, que le haga incompetente. Si siguiésemos la lógica contraria concluiríamos que la corrupción tampoco es imputable; al menos atendiendo a la máxima de Lord Acton (“el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”). Ni en el caso del pobre ni en el del poderoso la fuerza de la tentación exime de responsabilidad, ni hace injusto el castigo. Tampoco la ley, cuando intenta aplicar castigos iguales, tiene que asumir que las tentaciones sean de intensidades iguales en todos los individuos³⁰.

²⁹ «Thus, poverty could not be an excuse, unless it can be shown to produce seizures beyond their control which cause the poor to commit crimes. Poverty does not produce such seizures»: *No Excuse for Crime*, p. 135. Cfr. *Punishing Criminals*, p. 97.

³⁰ «Greater temptation does not excuse from responsibility or make punishment unjust. The law, in attempting to mete out equal punishment, cannot and does not assume equal temptation»: *Punishing Criminals*, p. 99. Cfr. *No Excuse for Crime*, p. 137.

Cuando se da a entender que la mera existencia de pobreza o de guetos autoriza a los “desfavorecidos” a tomarse “compensaciones” a través del delito, se está fomentando un clima moral que facilita caer en el crimen. Esto supone el fracaso de una sociedad en la defensa de su orden social, fracaso que transmite la idea de que no se tiene clara la misma justificación de dicho orden social porque se entiende que es éste el que empuja al delincuente hacia el delito. No se actúa contra el delincuente porque se le considera víctima y –cuando es detenido– como “prisionero político”³¹.

Otro autor de planteamientos semejantes es Richard Quinney. Exponente de la “filosofía crítica”³², concluye que la ley penal es un instrumento para mantener y perpetuar el orden social y económico existente. Van den Haag ironiza con la “novedad” de este planteamiento. Ciertamente que la ley penal siempre defiende el orden existente y a aquéllos que tienen el poder. Y que lo hace penalizando a aquellos que violan dicho orden. La legalidad no puede hacer menos que articular el “orden social y económico”, sea capitalista o socialista, sin que pueda plantearse de otro modo su existencia. Afirma nuestro autor, en su crítica a Quinney, que «si dentro de un determinado orden social, algunas personas son –legalmente– más ricas o más poderosas que otras, la ley debe –entre otras cosas– defender sus ventajas»³³.

Es lógico que el sistema de justicia penal dirija sus amenazas a los que están más tentados de incumplir la ley. Y si los que no son ni ricos ni poderosos están más expuestos a la tentación de rebelarse o de coger lo que

³¹ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 99. Cfr. *No Excuse for Crime*, p. 137

³² Van den Haag señala que *filosofía crítica* no es más que un sinónimo del marxismo que emplean los de la Escuela de Frankfurt.

³³ «If, within a given social order, some people lawfully are richer or more powerful than others, the criminal law must *inter alia* defend their advantages»: *No excuse for Crime*, p. 137. Nos parece que para que esta afirmación fuese aceptable requeriría matizaciones, porque no es que las “ventajas” de suyo tengan que estar protegidas por el orden legal, sino más bien aquello que se “posee” lícitamente, y que implícitamente puede suponer alguna “ventaja”.

no es suyo, necesitan esa amenaza. Y el peso de la ley cae con más fuerza sobre ellos³⁴. La observación de los marxistas de que la ley penal se dirige desproporcionadamente contra el pobre, o la ironía de Anatole France de que “la ley en su majestuosa igualdad prohíbe robar comida tanto al rico como al pobre”, no suponen un descubrimiento mayor que el reconocer que la ley de tráfico se dirige más a disuadir a los bebedores que a los abstemios. «La ley penal sería redundante si no se dirigiese a los que por gusto o posición social sufren la tentación de violarla»³⁵.

Quinney aseguró que con el socialismo desaparecería la ley tal como la conocemos, ya que el “problema del delito” se resolverá una vez que la sociedad haya eliminado toda posibilidad de odio, como sostenía Bebel. En el fondo parece planear la utopía de Trotsky, de un hombre de cualidades maravillosas en un mundo sin problemas. No obstante, la realidad ha sido que los sistemas que se han llamado a sí mismos socialistas han empleado más que otros el castigo legal³⁶.

3. Los índices de criminalidad en la población de color

Cuando se comparan en Estados Unidos los índices de delincuencia de blancos y negros, encontramos una diferencia notable: en el segundo grupo

³⁴ «Hence, the burden of the law falls most heavily on the least privileged: the threats and the punishments of the criminal law are meant to discourage those who are tempted to violate it, not those who are not»: *No excuse for Crime*, p. 137.

³⁵ «The criminal law would be redundant if it did not address those tempted -by taste or social position- to break it»: *Ibidem*.

³⁶ «At present the societies which claim to be socialist seem to use legal punishment more than others. I see no reason for maintaining that the future socialist societies -whatever form of socialism they adopt- will need criminal law any less»: *Ibidem*, p. 138.

el índice es diez veces superior³⁷. Otro dato interesante es que la mayoría de los crímenes son intraraciales. Esto vale para los delitos violentos, de modo que con frecuencia tanto la víctima como el criminal son negros. En cambio las víctimas de delitos contra la propiedad son blancos con más frecuencia. Aunque quepa explicar estas diferencias numéricas a partir de las diferencias ambientales, es importante –subraya Van den Haag– no confundir una explicación de ese tipo, con una justificación de los delitos individuales³⁸.

La comparación simple entre la población de negros y la de blancos conduce a engaño, porque ignora que una gran proporción entre los negros son jóvenes y pobres; y en cada raza los jóvenes y los pobres tienen los índices de criminalidad más altos. Parece que dentro del mismo nivel socioeconómico, los índices de criminalidad “por edades” son sólo ligeramente superiores en el caso de los negros. No parece que la diferencia “remanente” se pueda atribuir a que la ley discrimine racialmente a los delincuentes. A efectos prácticos sucede lo contrario, porque la proporción de delitos que se denuncian es menor entre la población de color, y parece que la policía tiende a arrestar menos a negros que han cometido delitos contra negros, que a blancos que han cometido delitos contra blancos³⁹.

Van den Haag no se extraña de las diferencias en índices de delincuencia entre negros y blancos. Entre los factores que contribuirían a esto habría que contar desde la opresión sufrida a lo largo de la historia, hasta los problemas de desarraigo como consecuencia de la migración del campo a la ciudad. Ambos factores afectan negativamente y provocan dificultades en

³⁷ En Estados Unidos en 1970 eran negros el 60% de los arrestados por asesinato, y el 65% por ciento de los arrestados por robo. (Constituyendo entonces los negros el 12% de la población).

³⁸ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 100.

³⁹ Cfr. *ibidem*.

cuanto a capacitación profesional, lo que a su vez restringe el campo de oportunidades profesionales⁴⁰.

La mejora en la situación socioeconómica de los negros no se ha traducido en una reducción de los índices de delincuencia. Podría suceder que el resentimiento no haya disminuido, debido a que todavía hay desigualdades. Y parece evidente que el alto índice de desempleo en la juventud negra estimula la delincuencia. En cualquier caso, expresiones como “cultura de violencia” tienen un rango más tautológico que explicativo⁴¹.

Como hay muchas personas -cualquiera que sea su raza-, que viven honradamente aunque se hallen en condiciones a las que ordinariamente se asocian altos índices de delincuencia, y hay también muchos que sin pasar necesidad cometen delitos, se puede concluir que «esas condiciones no son ni necesarias ni suficientes para cometer el delito»⁴². Si a pesar de que han disminuido la pobreza y la desigualdad han aumentado los índices de delincuencia, quiere decir que ni los altos índices de delincuencia dependen necesariamente de una mayor pobreza o desigualdad; ni necesariamente la delincuencia se reducirá con una reducción de la pobreza. Por un lado parece claro que la incidencia del delito es superior entre los pobres, por otro parece ineludible que junto a este factor haya que contemplar otros, si queremos hablar de circunstancias que “producen” criminalidad. La

⁴⁰ «Blacks have been oppressed for a long time. Many are recent migrants from rural to urban areas who have the usual difficulties of acculturation faced by most immigrants. Their access to the labor market was and still is limited because of lack of training due to past discrimination. All this has some effect on the legitimate opportunities available to them and, as importantly perhaps, on the ability of individuals to utilize what opportunities there are»: *Punishing Criminals*, p. 100. Cfr. *No Excuse for Crime*, p. 138.

⁴¹ «Surely crime is largely produced by lifestyles generated by the subcultures characteristic of those who commit it. But does this tell us more than that crime is produced by a crime-producing subculture?»: *Punishing Criminals*, p. 101.

⁴² *Ibidem*, p. 102.

influencia negativa de los diversos factores puede estar vinculada a su efecto sobre las motivaciones y las tentaciones. La pobreza es un factor importante, aunque no sea necesario ni suficiente, en la proliferación de la delincuencia⁴³.

No tiene mucho sentido contraponer las causas del delito (ambientales o sociales, e individuales o psicológicas). Es más lógico estudiar cómo varían los índices de criminalidad en función de cambios en las diferencias específicas en condiciones sociales, para procurar ver qué condiciones se pueden modificar y a qué precio (no sólo económico), de modo que se reduzca la delincuencia⁴⁴.

Desde el punto de vista práctico lo que conviene plantearse en cada caso es con qué tipo de *política* se puede reducir mejor la delincuencia: si mejorando la policía, o las condiciones sociales, o con una mayor regularidad y rigor en las penas, o con una combinación de estos u otros factores. La pregunta es qué combinación promete el mayor beneficio al menor coste⁴⁵.

⁴³ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 102.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, p. 103.

⁴⁵ «The alternatives “improve social conditions” and “increase punishment” are not mutually exclusive. They are cumulative. The question is which combination promises the greatest benefits at the least cost»: *Ibidem*, p. 104. Pone un ejemplo de cómo se podrían reducir las infracciones del “prohibido aparcar” con diferentes medidas: una mejor presencia policial, mayores multas o más aparcamientos públicos: si no hubiera algo de castigo no se incentivaría el uso de los aparcamientos públicos; multas elevadas podrían incentivar, pero ser intolerables; y, sin facilitar las oportunidades de aparcamiento “legal”, parece que sólo se conseguiría el respeto de la normativa con castigos muy severos y “garantizados”. Cfr. *No excuse for Crime*, p. 141.

C. Enfermedad y delito

La ley penal no considera que una persona sea responsable de actos ilegales si se muestra incapaz de entender lo ilegal de su conducta -o de evitarla- a causa de una enfermedad o defecto que existía en el momento del delito. «Una persona incapaz de entender que su acto era ilegal no podía haber sido disuadida por la amenaza de castigo, ni merecería retribución»⁴⁶. La incompetencia cognitiva patológica es un eximente legal que exonera a quienes sufren graves delirios o graves defectos en la percepción de la realidad o en su comprensión racional⁴⁷.

Aceptado lo anterior, hay gente lo suficientemente lúcida como para comprender lo erróneo de sus actos, pero incapaz de evitarlos, porque son llevados de “impulsos irresistibles”. Algunos tribunales han hecho de esta condición, cuando es real y patente, una excusa legal. El psicoanalista señala que -a pesar de su validez psiquiátrica-, parece discutible la utilidad legal del concepto de comportamiento compulsivo. Difícilmente la psiquiatría será capaz de determinar si una persona -competente en otras circunstancias-, “falla” porque no *puede* o porque no *quiere* resistir a un impulso. La cuestión tiene un aspecto filosófico -la distinción entre “querer” y “poder”- pero depende también de los descubrimientos médicos. En cualquier caso es probable que quien está convencido de que un impulso es irresistible lo combata con menos fuerza.

A efectos legales, la distinción “filosófica” entre querer y poder tiene una importancia crucial. Por eso, la utilidad del concepto de *impulso irresistible* es cuestionable. Lo mismo sucede con la regla de Durham, según la cual un

⁴⁶ «A person incapable of understanding that his act was unlawful could not have been deterred by the threat of punishment, nor would he deserve retribution»: *Punishing Criminals*, p. 105.

⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

acusado no es responsable de crimen si su acto ilegal era producto de enfermedad mental o de defecto mental⁴⁸.

1. El determinismo general

Como veremos, nuestro autor no concibe que el determinismo sea viable, pero sostiene que la adopción de una teoría del determinismo general -aun siendo incompatible con la concepción de una responsabilidad personal- no es incompatible con la teoría de la disuasión.

Si se considera que la no responsabilidad se basa en el “determinismo general”, no hace falta la prueba de hecho de la incompetencia intelectual o incapacidad psíquica. El determinismo afirma que el delincuente *nunca* es responsable, porque los crímenes son *siempre* determinados por el ambiente y por la constitución genética del delincuente, que producen la personalidad y la conducta, incluidos los actos específicos, delictivos o no. Si se emplean los términos “personalidad” y “ambiente” y se utilizan como se hace con frecuencia, se entiende que se incluyen todos los factores determinantes de la conducta, desviada o no. Sin embargo, el punto en cuestión es la naturaleza y cualidad de los factores que, por presencia o por ausencia, causan o empujan al comportamiento⁴⁹.

Van den Haag, al hilo de unas palabras John Stuart Mill, anota la influencia de las voluntades ajenas y de la propia en la formación del carácter. También menciona otras influencias⁵⁰. En todo caso «pensar que no tenemos poder para alterar nuestro propio carácter, y pensar que no puedo usar mi poder salvo que desee usarlo, son dos cosas muy distintas, y

⁴⁸ Cfr. *ibidem*, p. 106.

⁴⁹ «However, the point at issue is the nature and quality of the factors, within and without, which cause, or compel, behavior»: *Ibidem*, p. 107.

⁵⁰ La experiencia individual -por las vivencias dolorosas asociadas al carácter o conducta previas-, los sentimientos fuertes de admiración, las aspiraciones que afloran accidentalmente, etc.

tienen un efecto muy distinto en la mente»⁵¹. Sólo para quien desea forjar el propio carácter tiene importancia la reflexión sobre lo que influye en éste. Es positivo ese deseo de formación, pero se podría malograr si tal tarea se considerase imposible. No es imposible, pues «somos tan capaces de formar nuestro propio carácter, *si queremos*, como otros de hacerlo por nosotros»⁵². Aristóteles mostraba el desacierto de considerar enfermo al hombre injusto o disoluto simplemente porque no puede dejar de serlo sin esfuerzo. El filósofo lo ilustraba comentando que nadie culpa a un hombre de ser feo, pero sí de tener mal aspecto por falta de higiene⁵³.

En el fondo el “determinismo general” -describa bien o no las situaciones-, es irrelevante para el castigo. Como se aplica a todos ese determinismo, si no se señala que algunos estén más determinados que los demás, no hay ninguna razón para encontrar a los que delinquen menos responsables que el resto de la población. Y, si en nombre del determinismo se “descarga” de la responsabilidad, tampoco los jueces o los legisladores tienen la culpa de hacer lo que necesariamente hacen⁵⁴.

Con todo, los determinismos serían compatibles con la teoría de la disuasión porque la amenaza de castigo se puede considerar como parte del ambiente, que vendría a ser una de las fuerzas que “determinan” la acción. Las teorías de la disuasión ni dependen de una visión determinista ni son incompatibles con ella⁵⁵.

⁵¹ «But to think that we have no power of altering our character, and to think that we shall not use our power unless we desire to use it, are very different things, and have a very different effect on the mind»: MILL, J.S., *System of Logic*, Book VI, Chapter II, Section 3, Citado en *Punishing Criminals*, p. 107.

⁵² «We are exactly as capable of making our own character, *if we will*, as other are of making it for us»: *Punishing Criminals*, p. 107.

⁵³ Cfr. *ibidem*.

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, p. 108.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*.

2. *Causa y compulsión*

Barnes y Teeters sostuvieron que es inútil e injusto castigar al delincuente que hace lo que le dictan su “background” y su patrimonio genético, porque no puede comportarse de otro modo. Castigarle sería una locura, como lo sería aplicar una pena a quien ha contraído la tuberculosis: «esta consideración destruye completamente toda la lógica que presentaba la revancha social como fundamento del castigo»⁵⁶.

Los dos errores de estos autores –según Van den Haag– son que restringen la aplicación del determinismo al delincuente, y que piensan que un punto de vista causal implique compulsión y, por tanto, no-responsabilidad. Nuestro autor da a entender que son errores bastante extendidos porque se difunden a través de libros de texto. No se distingue entre causa en general y compulsión, que es un tipo especial de causa, y por ello se utiliza el determinismo general para explicar el delito. La causa de la elección que uno hace de un comportamiento no lo priva de su carácter de libre elección, ni exime al agente de responsabilidad respecto de éste, salvo que la causa sea compulsión, interna o externa⁵⁷.

⁵⁶ «If a criminal does what he must do in the light of his background and his hereditary equipment, it is obviously both futile and unjust to punish him as if he could go straight and had deliberately chosen to do otherwise. It would be as foolish to punish him for having contracted tuberculosis. This consideration entirely destroys whatever logic there was in social revenge as a basis for punishment»: BARNES and TEETERS, *New Horizons in Criminology*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J. 1959, pp. 817-818; citado por VAN DEN HAAG, E., en *Punishing Criminals*, pp. 108-109. En otras partes de su obra nuestro autor ha comentado la confusión entre retribución y venganza. La primera siempre será necesaria para la consevación del orden social aunque no haya ningún deseo de venganza.

⁵⁷ «Causation of one's choice of behavior does not deprive it of his character as free choice or relieve the actor of responsibility for it –unless the causation is compulsion, internal or external»: *Punishing Criminals*, p. 109. Pondrá como ejemplo que, al desplazarse a un sitio “prohibido”, se puede ir respondiendo a una mera invitación, amenazado por alguien que le encañona con un arma o

Es verdad que la visión determinista sería incompatible con nuestras nociones de culpa, justicia y capacidad de disuasión, pero sólo si las acciones del delincuente fueran completamente producidas por el ambiente y las condiciones genéticas y -en cambio- esta dependencia no existiese en el resto de la población. Sería el caso de una doctrina que considerase que los delincuentes son empujados al delito por sus condiciones genéticas (“enfermedad”) o sociales (su conducta sólo se podría modificar cambiando su patrimonio genético o su ambiente social). En tal caso la retribución sería injusta y la disuasión inútil; el delincuente no podría ser disuadido y el no delincuente no lo necesitaría. Pero, objeto nuestro autor, no está demostrado que la sociedad se componga de dos grupos de individuos tan claramente diferenciados⁵⁸.

3. *¿Requiere racionalidad la disuasión?*

Como sabemos, Van den Haag considera que la disuasión es el más importante de los fines “utilitaristas” de la pena. En su obra registra algunos planteamientos que lo niegan de un modo u otro. Así, los pensadores humanitarios rechazan el aspecto disuasorio como una pura hipocresía que esconde afán de venganza. En cambio, para los moralistas populares el delito viene considerado como fruto de la pobreza, la privación y la injusticia (o de personalidades con motivaciones aberrantes que necesitan ayuda y no castigo). Ilustra estas posturas con fragmentos recogidos de la prensa, en los que se muestra que estas opiniones tienen cierta acogida social⁵⁹.

arrastrado físicamente por otros: en este tercer caso no habría responsabilidad, y el segundo se parecería bastante.

⁵⁸ «However, there is no evidence to indicate that society consists of these two distinct and non-overlapping groups»: *Punishing Criminals*, p. 110.

⁵⁹ Cfr. *ibidem*, p. 111. Interpretamos que estos “pensadores humanitarios” y “moralistas populares” son exponentes de lo que Van den Haag llamaba “crítica filosófica” de la teoría de la disuasión.

Parecen haber pasado los tiempos en que gozaban de prestigio las posturas iluministas de Bentham y Beccaria, que asociaban la disuasión a la psicología racionalista. Algunos críticos de la disuasión responden al planteamiento de aquéllos cuando afirman que confiar en la disuasión requiere imaginarse al potencial delincuente sentado haciendo cálculos de posibles costes y beneficios. Así lo hacen críticos como Gardiner, Horton y Leslie en obras que cita nuestro autor y que no recogemos para no extendernos en la exposición de una idea que, nos parece, se comprende con la sola imagen citada⁶⁰.

Ya comentamos que la teoría de la disuasión que promueve nuestro autor no depende ni de los cálculos que se atribuyan a los potenciales delincuentes, ni de una psicología racionalista, etc. No abundamos en la cuestión. Recordamos el peso que Van den Haag atribuye en nuestras acciones al influjo del comportamiento de otros -porque produce en nosotros incentivos y desincentivos materiales y emocionales-. Y recordamos el énfasis en que la tarea del legislador sí que debe ser racional porque debe estudiar las pautas previsibles de los comportamientos sobre los que desea influir⁶¹.

Nuestro autor dará a entender que no es necesaria una alta dosis de racionalidad en el ciudadano para que sobre él actúe la finalidad disuasoria de la pena, porque hasta en la rata se puede inducir el temor al castigo:

«Ni la gente ni las ratas *necesitan* cálculos racionales para responder a incentivos o desincentivos, aunque la gente a diferencia de las ratas *puede* calcular si quiere. Las amenazas legales son efectivas si quienes están sujetos a ellas son capaces de responder a amenazas, de aprender de los otros, y de formar hábitos. La disuasión depende de la probabilidad y de la regularidad de las respuestas humanas al peligro, y no de la racionalidad. La experiencia

⁶⁰ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 112. Entendemos que estos críticos se alinean en la crítica psicológica de la disuasión.

⁶¹ Cfr. *ibidem*, pp. 112-113.

muestra que los seres humanos responden mejor a las amenazas y aprenden mejor de los demás que los animales»⁶².

En la medida en que las respuestas humanas son regulares se puede hacer un análisis racional, incluso económico, del delito y del castigo, tanto si sus sujetos calculan racionalmente sus respuestas como si no⁶³.

4. *Certeza y severidad*

Hay quien, hablando en términos de eficacia disuasoria, contrapone la certeza del castigo a su severidad. Ese parece ser el planteamiento de Bentham y Beccaria, que eran hijos de un tiempo en el que los castigos eran extremadamente severos, pero, quizá por ello, aplicados azarosamente y, por tanto, poco ciertos⁶⁴. Pueden anular el efecto disuasorio tanto la falta de certeza de castigo como la falta de severidad del mismo. No hay que olvidar que el efecto “estigmatizante” de la condena afecta mucho más a algunos tipos de delitos⁶⁵, y a algunas personas⁶⁶.

⁶² «However, neither people nor rats *need* rational calculations to respond to incentives or disincentives, although people, unlike rats, *can* calculate if they wish to. Legal threats are effective if those subjected to them are capable of responding to threats (whether or not capable of grasping them intellectually), of learning from each other, and of forming habits. Deterrence depends on the likelihood and on the regularity of human responses to danger, and not on rationality. Experience shows that human beings are better at responding to threats, and much better at learning from each other, than animals are»: *Punishing Criminals*, p. 113.

⁶³ Cfr. *ibidem*, p. 113. El autor expone de nuevo la comparación de beneficios y costes que “subyace” en la conducta del delincuente y en la de la sociedad que lo combate. Cfr. *ibidem*, pp. 114-115.

⁶⁴ El orden del razonamiento podría muy bien ser el contrario: debido a que rara vez se lograba atrapar al culpable, cuando se conseguía, éste recibía un “castigo ejemplar”.

⁶⁵ No, p. ej., a las infracciones de tráfico.

Más que apostar por la severidad o por la certeza, debe buscarse su mutuo refuerzo, porque el efecto disuasivo de la severidad depende del nivel de certeza, y el efecto disuasivo de la certeza depende del nivel de severidad⁶⁷. Algunos psicólogos sostienen que un castigo suficientemente severo -aunque fuera aplicado ocasionalmente- suprimiría efectivamente una conducta, mientras que el castigo suave no conseguiría esto aunque hubiese certeza absoluta de su aplicación⁶⁸. Sin sostener lo contrario nuestro autor señala que no sabemos ni cuándo se da este caso, ni cuándo un castigo suave pero cierto es más efectivo⁶⁹.

5. La susceptibilidad ante la disuasión

Hay quien sostiene que las únicas vías para proteger de los delincuentes a la sociedad son la incapacitación y la reforma. En definitiva, es el planteamiento de quien piensa que el castigo no puede funcionar como disuasorio, porque entiende que la sociedad se divide entre los que no necesitan la disuasión y los que no la experimentan. Los que piensan así no distinguen mucho entre delincuente y delincuente potencial. Van den Haag no comparte este planteamiento, si bien reconoce que pocas veces se expone de un modo tan explícito como acabamos de hacerlo. Para ilustrar lo extendida que está esta idea recoge una cita de Nettler:

⁶⁶ P. ej. a políticos o ejecutivos, pero no a otras, como gansters, maridos engañados o a los atracadores.

⁶⁷ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 115. El autor sostiene que severidad y certeza pueden variar de modo mutuamente independiente. Los legisladores pueden elegir potenciar una u otra, variando los costes y los ingresos. Se consigue maximizar el efecto disuasorio optimizando las proporciones de una y otra, cosa que sólo se determina por observación empírica.

⁶⁸ Van den Haag recoge una cita de un artículo de Barry F. Singer publicado en la *California Law Review*.

⁶⁹ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 116.

«Las ciencias de la conducta han ayudado a traspasar la carga de la responsabilidad de los individuos a los ambientes. Su mensaje asigna la responsabilidad de la conducta a causas que están fuera del control del agente, que es visto como un *producto* (...) la moralidad moderna, (...) convierte el pecado en enfermedad y borra la falta. Su hipótesis de trabajo es que, si la conducta es causada, su agente no es culpable»⁷⁰.

La *ventaja* de un planteamiento así, ironiza Van den Haag, es que nos concede la posibilidad de eludir la responsabilidad: como lo aplicamos al delincuente, también podemos aplicarlo a nosotros mismos si nos conviene. A una visión como la que comentaba Nettler responden las palabras futuristas de Ramsey Clark:

«la gente sana racional no ofenderá a otros (...) un individuo rehabilitado no tendrá la capacidad (...) de dañar o robar o destruir la propiedad»⁷¹.

Clark, obviamente, confunde querer y poder, delito y enfermedad. La realidad, indica nuestro autor, es que “la gente sana, racional” puede “dañar o robar o destruir la propiedad” igual que la gente enferma puede ser respetuosa con la ley. La identificación que hace Clark entre salud y moralidad, enfermedad y criminalidad, «no está basada en ningún descubrimiento clínico conocido»⁷². Quien traduce bueno por sano, y malo

⁷⁰ «The behavioral sciences have helped shift the load of responsibility from individuals to environments. Their message allocates responsibility for conduct to causes beyond the control of the actor. He is seen as a *product* ...Modern morality ...converts sin to sickness and erases fault. Its working hypothesis is that if behavior is caused its agent is not culpable»: NETTLER, G., *Shifting the Load*, en “American Behavioral Scientist” (January/February 1972), citado por VAN DEN HAAG, E., en *Punishing Criminals*, pp. 117-118.

⁷¹ «...healthy, rational people will not injure others...Rehabilitated, an individual will not have the capacity ...to injure or to take or destroy the property»: CLARK, R., *Crime in America*, Simon & Shuster, New York 1970, p. 220, citado por VAN DEN HAAG, E., en *Punishing Criminals*, p. 118.

⁷² «But it does not follow that lawbreakers are sick or irrational. “Healthy, rational people” can “injure, or take or destroy property”, just as sick people can be law-

por enfermo no hace más que llevar los problemas a un foro en el que no tienen solución porque, en su mayor parte los delincuentes no son enfermos. De hecho, todos somos potenciales delincuentes y esta posibilidad real hace necesaria la disuasión. No se puede dividir netamente la población en dos grupos desconectados –potenciales delincuentes y ciudadanos que no sufren la tentación-, ya que desde Adán todos han sufrido tentación. Es verdad que la mayor parte de la gente no comete delitos. Pero si no los cometen, no es porque estén “sanos”, sino porque son susceptibles de disuasión. Las amenazas les resultan creíbles⁷³. Realmente, según Van den Haag, la mayor parte del tiempo las restricciones internas son lo suficientemente fuertes como para que la mayor parte de la gente evite confrontar las amenazas externas de la ley. Pero estas restricciones internas de ningún modo son independientes de las amenazas externas. Hace falta el castigo disuasorio de los delincuentes para mantener como tales a los no-delincuentes⁷⁴.

abiding. Clark's identification of health and morality, sickness and criminality, is not based on any known clinical findings»: *Punishing Criminals*, p. 118.

⁷³ Sin que pretendamos restar protagonismo a las penas nos parece útil recoger algunas consideraciones de Enrique Cury, especialista en derecho penal. Ve la pena como un último recurso en el control social y señala que el derecho penal es el sistema de control social más enérgico, y por esto se ha impuesto la necesidad de *formalizarlo*, para proteger al ciudadano de los excesos del poder estatal. «Sin embargo existen otros muchos sistemas de control social informales, cuya importancia es probablemente mayor que la del ordenamiento punitivo y sin cuya intervención éste sería ineficaz, o no existiría siquiera». Entre éstas Cury señala explícitamente las normas que regulan la coexistencia familiar, educacional, laboral, o las que configuran las relaciones sociales; los preceptos éticos y las reglas de conductas impuestas por la religión, que con sus palabras «constituyen otros regímenes de control que van moldeando el comportamiento de los individuos con arreglo a expectativas diversas. Todo el ordenamiento jurídico no penal cumple también esa función»: CURY URZUÁ, E., *Derecho Penal, parte general*, Tomo I, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1992, p. 30. En adelante nos referimos a esta obra como CURY URZUÁ, E., *Derecho Penal, parte general*, Tomo I.

⁷⁴ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 119.

El psicoanalista sostiene que la mejora en la aplicación de las penas produciría una mayor disuasión, de modo que serían muchos más los ciudadanos que no darían el paso que media entre el potencial delincuente y el real. Según nuestro autor quien profesionalmente sólo trata con reclusos no es difícil que llegue a la falsa conclusión de que éstos no son susceptibles de disuasión. El fracaso de la disuasión en los condenados no debe hacernos olvidar que otros potenciales delincuentes sí se han constreñido y que hay más que pueden disuadirse. Otra cuestión es si los mismos condenados podrían haber sido disuadidos o no. Es obvio que si la amenaza de castigo pudiese disuadir a todos no habría delincuentes, pero ni la amenaza más extravagante puede disuadir a todos en todo momento. Es suficiente que la mayor parte de la gente sea disuadida la mayor parte de las veces⁷⁵.

6. De la criminalidad de origen genético a la de origen social

Cesare Lombroso y otros criminólogos pensaron que la conducta criminal se heredaba genéticamente. Estas teorías, descartadas pronto, fueron sustituidas por otras que consideraban que las influencias sociales producían criminalidad, de modo que esas influencias se consideraban la causa de esta *enfermedad psíquica*: cambia la *causa*, pero permanece la consideración de la conducta delictiva como enfermedad. Lo cierto es que, según el estudio de Nigel Walker, las poblaciones de condenados se distinguen poco (en sexo, edad, raza, ingresos, educación) de las de la gente de comportamiento legal, entre las cuales son "reclutadas". Walker encontró que no era mayor la frecuencia de desórdenes mentales entre las poblaciones de reincidentes por primera vez que entre poblaciones comparables compuestas por gente de comportamiento legal. Sí encontró una frecuencia algo mayor entre los repetidamente reincidentes. «Pero no hay razón para suponer que el desorden mental es más frecuente entre

⁷⁵ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 119.

condenados que entre otros en el mismo grupo socioeconómico, cuando la historia de éste no lo muestra»⁷⁶. Lo mismo indicarían otros estudios realizados en y fuera de Estados Unidos.

A veces se emplea el término “sociopatía” con la intención de explicar el origen de la conducta delictiva. “Sociopatía” es sólo la descripción de un tipo de comportamiento que frecuentemente incluye la conducta delictiva. No se trata por tanto de una explicación o una etiología (los motivos por los que se da). «Se llame “sociopatía” o criminalidad, el comportamiento antisocial puede ser parte de muchas perturbaciones psicológicas, y también puede ser un rasgo de personalidades sanas»⁷⁷.

7. La enfermedad como término moral

Si no hay una mayor proporción de enfermos entre los delincuentes que entre los no-delincuentes del mismo grupo socioeconómico, se pregunta Van den Haag, ¿por qué con frecuencia se cree que los delincuentes son enfermos?⁷⁸. Esto supone un error en lo que significa “enfermo”. Muchas veces se emplea el término “enfermo” pensando que se trata de un sinónimo de “causado”. Si los factores causales en la personalidad del actor producen hechos delictivos, los delincuentes no serían más enfermos que los demás. Todos los actos pueden concebirse como efectos de causas

⁷⁶ «...but there is no reason to suppose that mental disorder is more often present among convicts than among others in the same socioeconomic group when its history is not»: *Punishing Criminals*, p. 120.

⁷⁷ «Whether called “sociopathy” or criminality, antisocial behavior may be part of many psychological disturbances; it also may be a trait of healthy personalities»: *Ibidem*.

⁷⁸ «If offenders are not clinically sick more often than nonoffenders in their socioeconomic group, why are they so often believed to be?»: *Ibidem*, p. 121.

internas precedentes⁷⁹. No interviene un número diverso de factores en la salud que en la enfermedad, ni en la conducta legal que en la ilegal. Cuando difieren entre sí el modelo de comportamiento sano y el enfermo es porque lo hacen las causas y efectos específicos de cada uno, no porque uno sea causado (determinado) y el otro no. Lo mismo sucede con los comportamientos legal e ilegal⁸⁰.

Nuestro autor no ve oposición entre causalidad y salud, porque de hecho tanto la responsabilidad como la susceptibilidad ante la disuasión requieren que el individuo sufra la influencia de causas externas e internas. La responsabilidad asume que hay causas que el individuo puede controlar, la disuasión constata que la amenaza de castigo puede obligarnos a cumplir la ley⁸¹.

Los casos en los que la enfermedad es la causa del delito deben poder verificarse con independencia del delito mismo: no puede considerarse éste la clave del diagnóstico⁸². El tipo de enfermedad que puede considerarse causa del delito, es aquélla que reduce su responsabilidad y su capacidad

⁷⁹ «Yet if causal factors in the personality of the actor produced offensive acts, offenders would be no more sick than others. All acts can be conceived of as effects of antecedent internal causes»: *Punishing Criminals*, p. 121.

⁸⁰ «Sick and healthy behavior patterns differ, when they do, because the specific causes and effects of each do, not because one is caused (determined) and the other is not. So with criminal and law-abiding behavior»: *Ibidem*.

⁸¹ «Responsability assumes that some causes are within the control of the actor; deterrability assumes that the threat of punishment can cause him to obey the law. If acts were incaused one could not be responsible, for one could not control one's acts -to "control" is to "cause"- nor could threats deter, for to deter is to cause to refrain»: *Ibidem*.

⁸² «If indeed sickness, and not just crime, were to differentiate criminals from others, then offenders would have to display symptoms of disease other than the offense itself (otherwise the explanandum becomes explanation)»: *Ibidem*.

de constreñirse ante la amenaza, de modo que prive al delincuente del control sobre su propia conducta, y, por tanto, de su responsabilidad⁸³.

Si se emplea el crimen como elemento clave del diagnóstico, estamos aceptando que cometer delitos es de suyo patológico. Pero la realidad es que patología y delincuencia se definen con mutua independencia. En el fondo la inmoralidad no tiene de enfermedad, más que lo que ésta tenga de aquélla⁸⁴.

Nuestro autor subraya que de la inmoralidad no se puede inferir la existencia de una enfermedad, ni viceversa. En el fondo de la postura criticada estaría la pretensión de despojar a los actos humanos de su dimensión moral:

«Para la mente moderna, la reducción del juicio moral al clínico es seductora. Como se asocia a la ciencia con la “demostrabilidad”, la ciencia ha conseguido el prestigio perdido por la religión, que era históricamente la fuente más importante de la moralidad. Pero aquí el lenguaje de la ciencia se utiliza para tergiversar la naturaleza de los juicios morales, para hacer que parezcan contenidos en los hechos»⁸⁵.

⁸³ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 121-122.

⁸⁴ «Immorality, including criminality, no more is illness than illness is immorality»: *Ibidem*, p. 122.

⁸⁵ «The reduction of moral to clinical judgments is seductive to the modern mind. Because science is associated with demonstrability, it has gained the prestige lost by religion, historically the main source of morality. However, here the language of science is used to misrepresent the nature of moral judgments, to make them appear to inhere in the facts»: *Ibidem*. Como ejemplo de estas posturas que disfrazan el juicio moral con el diagnóstico clínico (científico) nuestro autor cita al Profesor Overstreet. Éste escribió que un hombre abiertamente hostil a la igualdad racial, que se oponga a toda iniciativa que se dirija en ese sentido, puede parecer “normal” en el sentido de que puede trabajar y mantener su situación como miembro de la sociedad, pero que hoy reconocemos que ha andado mucho por el camino hacia la enfermedad mental. Van den Haag ironiza diciendo que Overstreet no señala si quien está en desacuerdo con su postura en alguna o todas estas cuestiones, va camino de la

Se remonta a Platón la idea -hoy popularizada- de que lo malo moralmente tiene algo de enfermedad. Platón sostenía que el vicio es ignorancia: una especie de enfermedad psicológica. Pero -a diferencia de quienes sostienen hoy esto-, Platón pensó que el castigo curaba⁸⁶.

locura. Pero indica que no hay evidencia independiente que muestre que los que no comparten sus puntos de vista en temas morales, políticos o religiosos, estén más cerca de la enfermedad mental que quienes lo hacen.

⁸⁶ *Punishing Criminals*, p. 123.

CAPÍTULO IV. OBSTÁCULOS A LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL EN ESTADOS UNIDOS

A. Índices de delincuencia, armas y reforma social

1. *Índices de delincuencia*

En 1975 escribía Van den Haag: «En los treinta últimos años los índices de delincuencia, definidos como el número de delitos por cada 100.000 personas, han ido creciendo en la mayoría de los países de los que tenemos estadísticas, y en la mayoría de los delitos»¹. La frecuencia de un delito se expresa con cocientes. Pero si se quieren hacer comparaciones útiles entre unas poblaciones y otras, los cocientes deben ponderarse teniendo en cuenta las diferencias en el tipo de población.

Por otra parte, dentro de una población, con el tiempo puede haber cambios en los grupos que la componen y se deben tener en cuenta estableciendo índices de delincuencia específicos para cada grupo: los varones jóvenes tienen siempre unos índices de delincuencia mayores que los varones mayores, o que las mujeres de cualquier edad. «Los análisis correctos muestran, sin embargo, que el crecimiento en los índices de delincuencia no puede ser atribuido exclusivamente a una mayor

¹ «In the last thirty years the crime rate, defined as the number of crimes per 100.000 persons, has been rising in most countries for which we have statistics, and for most crimes»: *Punishing Criminals*, p. 153.

proporción de jóvenes varones en la población, o a otros grupos conocidos como de altos índices: han crecido los índices de todos los grupos»². Tanto los crímenes contra la propiedad como contra las personas habían experimentado un incremento superior en Estados Unidos que en los demás países. A partir de 1970, según nuestro autor, la proporción de violaciones y secuestros creció de modo intolerable (aun considerando que parte del aumento en el número de violaciones pueda atribuirse a que ha aumentado la proporción relativa de las denuncias)³.

2. *Armas*

Se pueden ofrecer muchas explicaciones para los altos índices de delincuencia de Estados Unidos y para sus incrementos. Algunos, dice nuestro autor, creen que en esto tiene un importante papel la facilidad con que se consiguen armas. Sin descartar esta hipótesis, hay que considerar que no se puede culpar a las armas de fuego por los altos índices de violaciones y de robos, pues éstos han crecido más en el mismo periodo que los crímenes con armas de fuego; ni se puede atribuir a éstas la gran diferencia existente entre el índice de crímenes no violentos de Estados Unidos y los de otros países. En cualquier caso, no parece que la prohibición de las armas de fuego pudiera ser más efectiva que la del alcohol: sería más fácil fabricar en casa algunos tipos de armas que algunos tipos de bebidas alcohólicas⁴.

² «Appropriate analysis shows, however, that the rise in crime rates cannot be attributed only to a greater proportion of young males or other known high crime groups in the population. The rate of each group has risen»: *Punishing Criminals*, p. 153.

³ Cfr. *ibidem*, pp. 153-154.

⁴ Cfr. *ibidem*, p. 154.

3. *Reforma social*

No hay una explicación completamente satisfactoria para el aumento de los índices de delincuencia a escala mundial. Pero sabemos, observa Van den Haag, que ha habido en todo el mundo una disminución en los castigos y, por ello, en el respeto por la ley. También a escala global ha aumentado el fenómeno del desarraigo. La mayor movilidad – geográfica, social, y de la urbanización- ha contribuido a que se disipen las fuerzas de cohesión asociadas a las costumbres. De algún modo se han desorganizado las comunidades tradicionales y, directa o indirectamente, se ha producido un debilitamiento de los sistemas informales de control. Dentro de las comunidades pequeñas estables se produce un mutuo apoyo de las normas sociales, que es difícil reemplazar cuando se produce el desarraigo. De este modo, pueden ir a la par prosperidad y aumento de la criminalidad⁵.

Aun admitiendo el interés y la parte de verdad que tengan todas estas consideraciones, nos dan pocas pistas sobre el modo de reducir el delito. Tampoco dicen gran cosa sobre motivaciones, tentaciones, oportunidades de cometer crímenes, ni sobre otros factores que influyen en el delito. Todos estos factores pueden haber aumentado a pesar de que las mejoras en igualdad, educación, prosperidad, empleo, confort, y servicios sociales prometían reducir la delincuencia.

Una vez más, nuestro autor se apresta a defender la disuasión como herramienta en la lucha contra el delito. Pero antes -quizá para mostrarnos que algunos de los planteamientos comentados en los capítulos anteriores influyen en las directrices políticas-, recoge unas palabras del entonces presidente de la *Commission on Law Enforcement*:

«(...) Estados Unidos debe trasladar su bien fundada alarma sobre el crimen a la acción social para prevenirlo (...). La acción más significativa que se puede ejercer contra el delito es la encaminada a eliminar suburbios y guetos, a mejorar la educación, a proporcionar puestos de trabajo y a

⁵ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 154-155.

asegurar que cada estadounidense recibe las oportunidades y libertades que le harán capaz de asumir sus responsabilidades»⁶.

Continúa señalando que las medidas que favorezcan el bienestar (lucha contra la pobreza, promoción de la vivienda, política laboral), la legislación de derechos civiles, los fondos para escuelas, la universalización de asistencia médica y psiquiátrica, etc., en definitiva, todo lo que sirva para mejorar la vida en las ciudades interiores de Estados Unidos (...) es un esfuerzo contra el delito⁷.

Nuestro autor considera que estas declaraciones responden a un planteamiento utópico e ignoran el hecho de que ha crecido la criminalidad a pesar de las mejoras sociales en educación, en servicios médicos y psiquiátricos y en “oportunidades y libertades”. Esta postura, que, según nuestro autor, choca con la realidad fáctica, está en la base de la mayoría de las propuestas que hacen depender la conducta cívica de la política del bienestar⁸. En muchos casos el resultado de ese tipo de reformas es cuestionable. Sin descartar sus posibles méritos intrínsecos, lo que Van den Haag cuestiona es que sean útiles a efectos de reducir los índices de delincuencia⁹. Si “mejor educación” y “mejor salud mental” se definen como aquello que hace disminuir el crimen –ironiza Van den Haag–,

⁶ «(...) first, that America must translate its well-founded alarm about crime into social action that will prevent crime... The most significant action that can be taken against crime is action designed to eliminate slums and ghettos, to improve education, to provide jobs, to make sure that every American is given the opportunities and the freedoms that will enable him to assume his responsibilities...»: *The Challenge of Crime in a Free Society*, 1967, p. 15; citado por VAN DEN HAAG, E., en *Punishing Criminals*, p. 156.

⁷ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 156.

⁸ «Such eclectic explanations of crime, even when in conflict with the known facts, are the bases for most reform proposals, ranging from better housing or employment opportunities to more or better education, mental health, or welfare»: *Ibidem*.

⁹ «Whatever the intrinsic merits of the reforms proposed, there is little to suggest that they would reduce crime rates»: *Ibidem*.

entonces aquéllas, por definición, lo reducen. Pero, de hecho, ni la una ni la otra lo hacen¹⁰.

Pasando -como anunciábamos- a la defensa de la política de disuasión, nuestro autor cita a Ehrlich para indicar que el índice de criminalidad baja cuando suben tanto la probabilidad estimada de captura (y castigo) como la duración de los periodos pasados en prisiones. Ésto nos sugiere una doble vía para reducir la delincuencia. La pregunta es cómo llevarlo a cabo¹¹.

B. La ineficacia del sistema de justicia penal

Hemos visto que, para Van den Haag, no se consigue dominar la criminalidad con el mero “incrementar las penas”: el hecho de que la ley penal contemple una pena para un tipo de delito es sólo uno de los muchos factores que determinan si un delincuente va a la cárcel y por cuánto tiempo. Una constante en los puntos que aquí se tratan es la “responsabilidad” de la legislación y de los tribunales en la propia ineficacia.

En este epígrafe recogeremos algunos datos -mencionados por nuestro autor-, que nos parecen ilustrativos. Son “coyunturales”, pero ayudan a hacerse una idea de cómo puede percibir el ciudadano la realidad de la justicia penal del momento. Comparadas con las de Japón, dirá nuestro autor, las penas previstas en Estados Unidos son mucho mayores. La delincuencia en Tokio es mucho menor que la de Nueva York, y no se debe

¹⁰ «Surely education does not cause crime. But the evidence indicates that education does not curb crime either: whatever the available educational or mental health institutions actually do produce -as distinguished from an ideal product- does not reduce crime. It seems unlikely that in the foreseeable future we will learn how to produce crime-curbing education or mental health»: *Punishing Criminals*, p. 157.

¹¹ Cfr. *ibidem*.

a mayor riqueza a ni mejor educación, ni a que tengan leyes más severas. La causa hay que buscarla en que en ambos sitios se trata de un modo muy distinto el delito. Así por ejemplo, en 1972 en Tokio el índice de arrestos por atracos era bastante superior al 90% y el 99% de los acusados fue declarado culpable. Sin embargo, en Nueva York sólo el 19% de los crímenes que se documentan conducen a un arresto. De modo que para el criminal en Japón el delito es mucho más costoso aunque la pena teóricamente no sea mayor¹².

En Estados Unidos las condenas y, sobre todo, la probabilidad de sufrirlas es muy baja. La proporción de arrestos relativos a delitos graves es muy pequeña: menor de uno por cada tres. Según el fiscal especial estatal de Nueva York, de 97.000 delitos graves cometidos en la ciudad de Nueva York, sólo novecientos acusados llegaron a recibir un veredicto. De modo que menos del uno por ciento de los arrestados son procesados. Los demás o se juzgan culpables de delitos menores o se dejan en libertad porque se presiente que va a ser difícil demostrar su culpabilidad¹³.

Si los porcentajes de los procesados son bajos, también lo son los de los castigados, y a ello se debe la diferencia en los índices de criminalidad entre Estados Unidos y los demás países. En la década 1960-1970 el índice de delincuencia se incrementó en un 144% mientras que los arrestos documentados sólo lo hicieron en un 31%¹⁴. El número de delincuentes declarados culpables bajó de 117 a 95 por cada 100.000 personas. De modo que han disminuyeron tanto los índices de arrestos como los de declarados culpables. Nuestro autor concluye que los datos hablan por sí mismos: el problema está en los tribunales¹⁵.

¹² Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 157-158.

¹³ Cfr. *ibidem*, p. 158.

¹⁴ Los delitos documentados crecieron el 176%, pero esta diferencia hay que atribuirla al aumento de población.

¹⁵ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 158.

Se podría pensar que las exigencias sobre un mayor rigor en la aplicación de las penas, en Estados Unidos sólo pueden venir del lado conservador. Van den Haag registra como testimonio de lo contrario la triste experiencia de la escritora Margot Hentoff, sobre el modo en que fueron tratados los atracadores de su marido. La escritora acababa afirmando que si el contrato social exige el mutuo respeto, debemos ver el delito y los derechos de los delincuentes como opuestos a los derechos de los ciudadanos normales. Por tanto, respondería a un falso humanismo dejar al delincuente junto al honrado ciudadano, sea en la calle, sea en la escuela pública, donde muchos jóvenes sufren las violencias de compañeros que son atracadores¹⁶.

Hay ciudadanos que en cambio echan la culpa a la sociedad americana, por su incapacidad de afrontar los problemas sociales (como el de los “enfermos” de los guetos y en general los deprimidos social y económicamente). Esa incapacidad sería la causa de la mayor parte de la delincuencia¹⁷.

Lo cierto es que las víctimas en sentido estricto -las que debe proteger en primer lugar el sistema de justicia penal-, son los que sufren la violencia de los delincuentes. Las reformas sociales adecuadas son loables, pero no son el camino único ni el principal en el control del delito¹⁸.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 159-160.

¹⁷ El autor ilustra esta postura con una cita de una carta al *New York Times*.

¹⁸ «Those who are victimized by the violence of offenders are victims in a more direct, certain, and tangible sense. It is the primary duty of the criminal justice system to protect these victims. There is no objection to any social reform when it can be shown to be intrinsically meritorious and effective. But it cannot be the only or major protection against crime»: *Punishing Criminals*, p. 160.

1. *La realidad de las penas*

El castigo que realmente se aplique al delincuente depende de que se le capture, sea declarado culpable, acepte el cargo de que se le acusa -y la sentencia impuesta-, y finalmente de que se aplique la sentencia. Normalmente las penas impuestas son menores que las que corresponderían a los cargos iniciales, porque se obtienen tras negociaciones en las que el acusado consigue que se le condene por un cargo menor que el delito que cometió. Por otra parte suele transcurrir mucho tiempo entre el delito y la pena¹⁹.

Muchos delincuentes, si no han tenido un comportamiento especialmente malo en prisión, pueden acceder a la libertad bajo palabra cuando han cumplido un tercio de la condena²⁰. De hecho una sentencia a cadena perpetua normalmente significa prisión entre siete y quince años. Las juntas que estudian la libertad bajo palabra, a pesar de sus buenas intenciones, tienen pocos criterios racionales para decidir si la conceden o no. Por otra parte, si el juez deja en libertad condicional al acusado condenado, éste no tiene que cumplir ninguna pena en prisión si se comporta legalmente durante un periodo de supervisión determinado. En la mayoría de los casos la supervisión es una mera formalidad²¹.

Van den Haag ilustra este panorama con algunos datos procedentes de la prensa. De 1963 a 1973 se triplicaron los asesinatos investigados en Nueva York, pero bajó del 89.3 al 64.4 el porcentaje de los que se resolvieron. Es decir: aumentaron los casos en los que víctima y asesino no

¹⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 160-161.

²⁰ En muchos estados incluso antes: en Florida después de seis meses.

²¹ «Parole boards, however well intentioned, have few rational rules for deciding whether or not to parole. Finally, if the judge puts the convicted defendant on probation, he does not have to serve time in jail at all if he behaves lawfully over a given supervised period. And in most cases supervision is a formality»: *Punishing Criminals*, p. 161.

se conocen²², porque cuando se conocen los casos son más sencillos. Otro ejemplo: casi ocho de cada diez acusados de homicidio en Nueva York se declara culpable de un cargo menor y queda en libertad condicional o cumple una condena de menos de diez años en prisión. La mayoría de los condenados a un máximo de diez años accede a la libertad bajo palabra al cabo de tres años. En 1973 el 80% de los acusados de homicidio fue declarado culpable, el 4.5% fue condenado a cadena perpetua, mientras que el 28.5% recibió condenas de un máximo de cinco años y el 20% fue absuelto o por falta de pruebas o con libertad condicional. Otro ejemplo: Hosie S. Turner fue condenado por asesinato tras un largo juicio de seis meses. Antes en dieciseis ocasiones había sido declarado culpable de delitos de robo, robo en domicilio, hurto, violación de la libertad bajo palabra, posesión y venta de droga (...): invariablemente se le había permitido declararse culpable de cargos menores. Nuestro autor pone otros ejemplos, particulares o estadísticos. Uno muestra que, en un porcentaje elevadísimo (80%), los tribunales condenan por cargos menores a los iniciales. Otro: a un acusado le correspondían por los cargos 32 años de prisión. Se declaró culpable de cargos menores y pasó sólo dos meses en la prisión de la ciudad. Un tercero: tras trece arrestos previos, fue acusado de intento de robo y posesión de arma blanca, cargos por los que le habrían correspondido catorce años en prisión. Se declaró culpable de delitos menores y la condena fue de diez meses. Tras ser puesto en libertad bajo palabra para rehabilitarse en un centro, desapareció. Después fue arrestado por asaltar a dos civiles y a un oficial de policía. Una semana más tarde se le acusaba de herir a un oficial de policía y de matar a otra persona²³.

En el sistema de justicia hay muchos que reconocen que este modo de funcionar beneficia al delincuente. La culpa no es sólo de los jueces, sino también de los procedimientos, precedentes y apelaciones (...) con los que se ven obligados a lidiar. Este tipo de figuras favorece a los delincuentes hasta el punto de empujar a los tribunales a reducir los cargos, aunque el

²² O sea: hay más crimen no pasional.

²³ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 161-163.

acusado sea claramente culpable. Nuestro autor considera urgente la revisión del entero sistema de justicia penal para que, haciéndose costoso el delito al delincuente, se reduzca la delincuencia²⁴. Hoy casi todo el peso del delito recae sobre la víctima²⁵.

2. Retrasos

Nuestro autor continúa aportando cifras que ilustran la ineficacia del sistema de justicia penal estadounidense²⁶. Puede que parte de la responsabilidad recaiga sobre los servicios de policía, pero Van den Haag considera más importante y escandaloso el papel de los tribunales. Aparte de casos de mera incompetencia -y ocasionalmente de corrupción- entre muchos jueces elegidos con criterios políticos, hay que reconocer que las reglas -con las que tienen que trabajar incluso los tribunales más competentes- desempeñan la función principal. Algunas son dictadas por los gobiernos, pero en su mayoría proceden de la acumulación de

²⁴ Nuestro autor da a entender que lo que menos influye en la pena real, es la pena que teóricamente corresponde al delito.

²⁵ «An overhaul of the whole criminal justice system is needed. Crime rates depend not on statutory prescriptions but on what is actually done to make crime costly to the criminal and to make the cost obvious. At present crime is costly mainly to the victim. Surely it is more beneficial -as well as easier- and more effective to modify the criminal justice system than to undertake the far-reaching social reforms so often proposed»: *Punishing Criminals*, p. 163.

²⁶ De 1963 a 1973 la tasa de homicidios por cada 100.000 habitantes creció de 4,5 a 9,3. (Estos datos excluyen el homicidio involuntario y los accidentes de tráfico). Comparando las cifras de dos ciudades -Londres y Nueva York- en el mismo periodo (año 1972) en tres tipos de delitos, los números "cantan": 113 asesinatos en Londres, 1.700 en Nueva York; 3.000 robos en Londres, 78.000 en Nueva York; 150 violaciones en Londres, 3.330 en Nueva York. Si sólo un uno por ciento de los delitos conduce a la cárcel a delincuentes, la culpa de esto debe compartirla el entero sistema de justicia penal. Aunque la policía nunca pueda coger a todos los delincuentes, se pregunta: ¿No podría detener a más? Cfr. *Punishing Criminals*, p. 163.

decisiones anteriores de cortes de apelación, incluida la Corte Suprema. Los tribunales se ven entorpecidos por una acumulación producida por sus propias aspiraciones a la perfección en épocas anteriores²⁷.

Así se reduce mucho la posibilidad de llegar a un veredicto de culpabilidad, debido a los retrasos, las reglas de exclusión de las pruebas, y las interminables apelaciones que se consienten a los acusados²⁸. Además, muchos criminales son clasificados como delincuentes juveniles, a quienes hay que “reformular” más que castigar. Otros –demasiados– son exculpados por incompetencia mental. Nuestro autor critica por indefinida la idea de reformar, pues puede implicar periodos demasiado cortos o demasiado largos y por no haberse mostrado la eficacia de las instituciones de reforma de los jóvenes delincuentes. Por otra parte, los delincuentes que son internados en instituciones psiquiátricas están sometidos a la arbitrariedad de los juicios de los psiquiatras²⁹.

En el caso de adultos competentes, se pueden poner innumerables obstáculos en los procedimientos y consumir una gran cantidad de tiempo. Van den Haag, sin pretender resolver el problema, cita a Joseph W. Bishop, profesor de Derecho en Yale, para ilustrar cómo llega a ser complicadísima la reclusión del más flagrante criminal. El abogado defensor tiene en su mano un sinfín de recursos para retrasar o frustrar la acusación. La primera arma es llevar el mismo asunto a varias cortes, estatales y federales. Si

²⁷ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 164. Algunos abolicionistas también reconocen que el sistema judicial americano produce muchos retrasos. En casos de pena capital se agotan todos los recursos posibles. Pero también en los demás. «This highly technical procedure is applied not only to capital cases but to other criminal cases as well. So it makes it hard to convict anybody». SCHWARTZ, L.B., *Bring Back the Death Penalty?*, (entrevista a Louis B. Schwrtz y Ernest van den Haag) en “U.S. News and World Report”, 19-IV-1976, p. 37.

²⁸ «The probability of convicting the guilty is greatly reduced in the U.S. by (a) delay, (b) the exclusionary rule, and (c) literally endless appeals allowed defendants from state to federal courts»: *Punishing Criminals*, p. 164.

²⁹ Cfr. *ibidem*.

fracasa este intento, se pasa a atacar la constitucionalidad del veredicto. Otro instrumento útil es la petición de *habeas corpus*. Por otra parte se puede rechazar a la fiscalía dando a entender que conculca un derecho constitucional o acusándola de guiarse por prejuicios contra, por ejemplo, los apellidos hispanos, la juventud, los pobres o la gente con poca educación.

Seguimos. Un asunto puede ser discutido, apelado hasta el infinito y verse estancado durante meses y años. Otros métodos para conseguirlo consisten en descalificar al jurado o al tribunal por considerarlo sesgado o declarar incompetente a la defensa antes, durante o después del juicio. También se puede acudir a la estrategia de que el acusado solicite representarse a sí mismo.

La lista de recursos es amplia. Por ejemplo, intentar que se rechace una prueba patente afirmando que se obtuvo de modo ilegal. Puede pedir un *habeas corpus ad libitum* con la esperanza de que un juez federal esté en desacuerdo con los demás por la doctrina de la *res judicata*, de modo que no se aplique al *habeas corpus* el principio de que un asunto determinado finalmente por un tribunal no puede llevarse a otro. Así, un simple juez federal puede estimar los argumentos de un acusado que fueron rechazados con animadversión en la corte suprema del estado o en el tribunal federal. Y si todo esto falla, está en manos del acusado argüir que la falta de dotación de la biblioteca jurídica de la prisión le deniega el derecho a recibir el debido proceso o la igual protección de las leyes. En fin, hay otras muchas posibilidades para convertir la tarea de condenar a un delincuente -y mantenerlo en prisión- en un trabajo semejante al de Sísifo. «Uno que pierde en cada paso casi puede reclamar que ese mismo hecho muestra que se le está negando la igual protección de las leyes»³⁰.

³⁰ «One who loses at every step can almost claim that that very fact shows he has been denied equal protection of the laws»: en *Commentary*, July 1974, pp. 101-104; citado por VAN DEN HAAG, E., *Punishing Criminals*, pp. 165-166.

Van den Haag compara el modo en que se trataron delitos semejantes en Estados Unidos e Inglaterra. Lord Haw-Haw (William Joyce) fue declarado por un jurado culpable de apología del nazismo, después de tres días de juicio, en septiembre de 1945. En diciembre había agotado sus apelaciones y fue ahorcado el 3 de enero de 1946. En Estados Unidos, Tokyo Rose fue acusada de apología de la política japonesa. Tras muchos retrasos se celebró el juicio, que duró dos meses. Se le condenó a diez años de prisión. La última de sus innumerables apelaciones fue rechazada cuatro años y medio después. No son casos aislados, dirá nuestro autor. En Inglaterra el juicio por delito más largo dura cuarenta y ocho días; y si es por asesinato, veintiuno. El juicio de la "familia" Manson en California se prolongó nueve meses. La selección del jurado de Bobby Seale (perdonado) llevó cinco meses. En Inglaterra, esto mismo suele costar unos minutos. «No hay indicios de que la calidad de la justicia inglesa, o sus jurados, sea inferior a la nuestra»³¹. Otra causa de retrasos injustificables es el requisito de la unanimidad del jurado, que puede obligar al gobierno a revisar el caso varias veces para alcanzar un veredicto o a darse por vencido y dejar libre al acusado. «Tal como está, nuestro sistema judicial parece pensado para embotar el efecto disuasorio del castigo, en los raros casos en que éste se impone, y para proteger los derechos de los acusados, más que para proteger a la sociedad del delito»³².

Muchos asuntos menores no se juzgan, aunque lleguen a los tribunales, porque no es raro que haya hasta veinte aplazamientos. Esto sucede cuando la defensa sospecha que su cliente va a ser declarado culpable y, con el consentimiento del juez, hace que se retrase el juicio hasta provocar que los testigos desaparezcan o se nieguen a asistir al juicio porque no quieren perder más tiempo en los tribunales. Sin testigos o querellantes, el

³¹ «There is no evidence that the quality of English justice, or juries, is inferior to our own»: *Ibidem*, p. 166.

³² «At is it, our judicial system seems more designed to blunt the deterrent force of punishment in the rare cases in which it is imposed and to protect defendant's rights than to protect society from crime. It certainly works that way»: *Ibidem*.

acusado es fácilmente exculpado. Poco pueden hacer los jueces a pesar de las normas que se han dado para que los tribunales sean expeditivos: si no admiten los aplazamientos, los tribunales de apelación pueden rechazar su decisión³³.

Además, puede ser, aparte de inútil, peligroso denunciar los delitos menores a la policía. Si alguien es atracado por un hombre del barrio, violento, o del mundo del hampa, o drogadicto, y lo denuncia, corre serio riesgo de sufrir represalias, porque el domicilio del denunciante figura en la denuncia, la cual está al alcance del malhechor. Esto hace que pocos potenciales testigos quieran arriesgar su seguridad. Tal como lo ve Van den Haag, la protección que ofrece el sistema judicial americano contra quienes “tienen poco que perder” es tan escasa, que quienes tienen algo que perder prefieren aguantarse a presentar la denuncia. Los moralistas y los medios de comunicación social tienen razón cuando se quejan de la falta de colaboración ciudadana en la captura de los delincuentes o en su juicio (como testigos), pero son muchos los casos de los que han sufrido las “consecuencias” de colaborar con la justicia, sea ayudando a la policía en el arresto, sea ayudando a la víctima de un atraco: los “colaboradores” se meten en muchos problemas y no tienen la protección que necesitan³⁴.

Tras señalar la desprotección que sufren víctimas y testigos -frente a la protección impenetrable de los sospechosos-³⁵, nuestro autor se maravilla de que no crezca la delincuencia con más virulencia aún, porque actualmente es falso lo de que “el crimen no paga”³⁶.

³³ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 166-167.

³⁴ Cfr. *ibidem*, p. 167.

³⁵ «Whereas the protection offered victims and witnesses is minimal, the protection given suspects often is nearly impenetrable. Known criminals can live undisturbed in the community, having to fear only other criminals»: *Ibidem*, p. 168.

³⁶ Cfr. *ibidem*.

3. *La regla de la exclusión de la prueba*

Van den Haag comenta que la justicia inglesa, que goza de buena reputación, no cuenta con la regla de la exclusión de la prueba. Sólo existe en Estados Unidos y excluye que sean admitidos como pruebas los documentos, fotos, cintas, armas, información (...) recogidos sin autorización legal. Tampoco se admite una confesión que haya hecho el sospechoso antes de que se le ofrezca un abogado. También se juzga inaceptable la prueba obtenida como consecuencia de una confesión inadmisibles. Esto sucede con las pruebas obtenidas en la investigación de personas o lugares no autorizadas por la autoridad o plenamente justificadas por las circunstancias. Esta regla fue establecida primero en las cortes federales; después se extendió a los tribunales estatales, y sólo en 1974 empezaron los tribunales a limitarla³⁷.

Aunque se pueda defender la exclusión de la prueba “por oídas”, los jurados también podrían juzgar de la validez de ésta con la ayuda de los abogados de la defensa y de la acusación. Y, aunque las condenas anteriores no digan nada sobre el juicio que se está llevando a cabo, las anteriores declaraciones de culpabilidad sí pueden ayudar a formarse un juicio de probabilidad. Es más razonable conceder el beneficio de la duda a un obispo -dice nuestro autor- que a un hombre que ha sido condenado varias veces por robo: aunque en este segundo caso se deban examinar cuidadosamente las pruebas, se puede justificar que se tienda más a creer a la víctima o a los testigos que al acusado³⁸.

Debe castigarse el comportamiento ilegal del policía cuando toma de modo inadecuado la prueba. Pero el modo no es dejar libre al delincuente, porque así se castiga a la sociedad. Esta regla hace que los tribunales empleen el tiempo en decidir si es admisible una prueba que demuestra la culpabilidad. La regla de la exclusión no ha funcionado como se pretendía

³⁷ Cfr. *ibidem*.

³⁸ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 169.

porque no ha hecho más legales, sino más ineficaces, los medios para hacer cumplir la ley. Debería ser abolida, sostiene nuestro autor. El Juez Brennan admitía que no ha servido para acabar con los comportamientos ilegales de los policías: éstos cometen errores que obligan a descartar las pruebas, con lo que los acusados quedan en libertad. A efectos prácticos, la regla reduce la responsabilidad de los policías y protege a los delincuentes³⁹.

Ilustra estas afirmaciones con una carta al *New York Times*. La escribe la víctima de un atraco. Tres horas después de sufrirlo la policía había arrestado al malhechor. Puso la denuncia y tuvo que presentarse seis veces en seis meses para declarar. En la sexta ocasión se encontró al acusado con su familia. Aunque se habían admitido muchas pruebas facilitadas por la víctima, el atracador quedó en libertad porque el policía había efectuado un registro ilegal de su automóvil. Tres años después, la víctima se enteró por la televisión que había sido detenido un criminal que había violado a 25 mujeres en Queens: era el mismo que le había atracado a ella y a otras muchas personas⁴⁰.

4. Plea bargaining

«Hemos creado otras dificultades. Las apelaciones carecen de riesgos para el acusado: no pueden aumentarse las penas ni se pueden revocar exculpaciones parciales»⁴¹. La fiscalía no puede apelar, y esto facilita que los jueces, si quieren, absuelvan. En cualquier caso, hace que se inclinen del lado de la defensa: si un juez se equivoca contra la defensa, parece que la apelación provocará que él sea descartado. Si se equivoca contra la fiscalía,

³⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 169-170.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 170-171.

⁴¹ «We have created other difficulties. Appeals are riskless for the defendant: penalties cannot be increased nor partial acquittals overturned. The prosecution cannot appeal. This makes it safe for the judges to help produce acquittals if they so want»: *Punishing Criminals*, p. 171.

como ésta no puede apelar, el juez está a salvo. En la duda, apostar por la defensa también va en interés del juez.

Como es tan difícil, arriesgado, caro, y lleva tanto tiempo obtener una sentencia de condena mediante los juicios, los fiscales se ven obligados a negociar⁴², aunque el acusado sea claramente culpable. Más del noventa por ciento de los casos se decide con un acuerdo: se le permite al acusado declararse culpable de un cargo menor del que se puso inicialmente y, a cambio, se evita el juicio. El acusado y su abogado saben que el fiscal no puede permitirse el juicio aunque tenga suficientes pruebas. Y todo esto hace que el juez se sienta más seguro cuando decide declararse culpable de un delito menor⁴³.

Nuestro autor no ve nada intrínsecamente malo en estas negociaciones. La defensa y la acusación, bajo la supervisión del juez pueden anticipar el resultado de un juicio y decidir por medio de aquéllas aceptar el resultado anticipado sin pasar por todo el juicio. Esto puede ir en beneficio de todos los interesados. Pero se deriva un gran mal de las condiciones creadas por las decisiones anteriores de los tribunales, pues los fiscales se ven obligados a permitir, casi rutinariamente, que el acusado se acoja a una pena menor a la prescrita por la ley para el delito que realmente cometió. En la mayoría de los casos, las penas prescritas no son las aplicadas. Además, éstas no son las que se merecen. El poder de negociación de la defensa y la fiscalía depende de las previsiones del resultado del juicio y de la sentencia. Si se

⁴² La figura del derecho procesal español equivalente al *Plea bargaining* sería la *conformidad del imputado*, y la del derecho italiano el *patteggiamento*. Los *Plea bargaining* consisten en negociaciones para llegar a un acuerdo sobre los cargos que el acusado está dispuesto a reconocer, de forma que se “evita” un juicio que, de otra manera, podría prolongarse. Van den Haag explica que, en principio, esto se aplicaría cuando el acusado ha sido “sobrecargado” - realmente sólo es culpable de algunos de los delitos de que se le acusa, y sólo de los menores-; pero, según nuestro autor, lo cierto es que, en muchas ocasiones, se les consiente declararse culpables de delitos mucho menores que los que cometió.

⁴³ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 171.

ve que el acusado no va a ser declarado culpable porque una prueba no va a ser admitida, o que será declarado culpable, pero con una sentencia suave, el fiscal no conseguirá más con la negociación que con el juicio⁴⁴.

En opinión de Van den Haag, los tribunales tienen parte de la culpa de estar inundados por el crecimiento de la criminalidad: su ineficiencia y los procedimientos consumen mucho tiempo. Deberían autoreformarse o ser reformados. Ayudaría a descargarlos que se gestionen por vía administrativa algunos asuntos, como los accidentes de tráfico o los divorcios. Pero, en primer lugar, las cortes deberían ayudarse a sí mismas cambiando sus procedimientos⁴⁵.

5. Tribunales federales y del estado

Como la mayor parte de los delitos son violaciones de leyes de los estados, los tribunales competentes para juzgarlos son los inferiores. Pero como el acusado siempre puede, tras agotar las cortes estatales, alegar violación de sus derechos constitucionales, su causa acabará en los tribunales federales. Las oportunidades de retrasar la causa son innumerables. Los procedimientos excepcionales no han hecho más que aumentar, hasta convertirse en rutina. El acusado no tiene nada que perder y sí puede ganar algo cuando agota el tiempo de los tribunales⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, p. 172. Van den Haag recoge del *New York Times* otro ejemplo de un condenado a una sentencia que va de 15 años a cadena perpetua, por matar a un policía fuera de servicio. En doce años el acusado había sido arrestado once veces por robo, atraco, y otros delitos (...), cinco veces había sido declarado culpable con condenas de cárcel de menos de un año. Como sus primeras sentencias llegaron a través de negociación, esto indica que se le permitió declararse culpable de delitos inferiores a los que cometió.

⁴⁵ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 172-173.

⁴⁶ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 173.

6. *Delincuentes jóvenes*

Van den Haag, sin admitir que los niños deban ser considerados responsables en la misma medida que los adultos, se queja de la progresiva “des-responsabilización” de los primeros, que los carga de libertades y los libera de responsabilidades. Tan víctima es la víctima del asesinato o de la violación cometida por uno de veinte años, como la de la cometida por uno de quince. Y necesitan la misma protección social. Nuestro autor considera que se puede mantener bajo custodia a los jóvenes delincuentes, separados de los delincuentes adultos, y sujetos a una autoridad de vigilancia especial, pero aplicándoseles la misma ley y los mismos procedimientos jurídicos⁴⁷.

Recoge otro caso del *New York Times*, en el que un detective habla de un joven de catorce años que ha sufrido cuatro arrestos, y cuyo nombre no se facilita, para protegerlo. En los cuatro casos había cometido atraco y robo; y en dos de ellos había muerto la víctima. Al detenerlo, el chico no se agitaba, pues sabía que sólo estaría preso dieciocho meses. El detective se quejaba de que tal como estaba el sistema de justicia no se pueden llevar bien estos casos: una “condena” tan corta es insuficiente, no hay castigo. Nuestro autor concluye: «Cualquiera con menos de quince años de edad, por odioso que sea su delito, está detenido un máximo de dieciocho meses. Con

⁴⁷ Cfr. *ibidem*, p. 174. Van den Haag recoge una carta de la directora del proyecto de protección de los derechos de los jóvenes de la American Civil Liberties Union, quien manifiesta su oposición a que sean confinados en los mismos centros de “tratamiento” y “rehabilitación”, jóvenes que han cometido asesinatos, violaciones y torturas, junto a jóvenes que no han cometido ningún delito, pero que tienen problemas. Éstos últimos pueden haber sido llevados allí por sus padres, que no los quieren, y pasar en estos centros hasta dieciocho meses. No se debería confinar a ningún niño que no haya cometido delitos (salvo algún caso de tentativa de suicidio). Se ha retrasado muchísimo el sistema de sentencias para niños delincuentes que debe reflejar en primer lugar la gravedad del delito. Pero se oponen a ello algunos humanitarios equivocados, que consideran sagrado el “tratamiento”.

demasiada frecuencia, los chicos son devueltos al vecindario y a la escuela»⁴⁸.

7. Necesidad de reformas

En diversas ocasiones hemos señalado que nuestro autor considera urgente la reforma del sistema de justicia penal. El primer paso para reducir los índices de delincuencia es la reforma de las leyes y de los procedimientos judiciales. Esto sería más efectivo que imponer penas más duras o que mejorar la vivienda, el bienestar o la educación⁴⁹. Estas otras medidas anti-crimen no deben tener la prioridad, sino que debe tenerla la reforma judicial: el modo más sencillo, económico y efectivo de reducir los índices de delincuencia sería asegurar un juicio rápido y razonable para los sospechosos. Un tribunal no está para determinar el origen de la prueba o si un testimonio es admisible, sino para juzgar si el acusado es culpable o inocente.

El economista sostiene que esto reduciría gastos: los jueces perderían menos tiempo y se reducirían los retrasos que provocan los procuradores⁵⁰. Van den Haag da a entender que estas reformas no se abordan porque no suponen gastos de los que se puedan beneficiar directamente algunos

⁴⁸ «Anyone under fifteen years old, regardless of how heinous the crime, receives a maximum of eighteen months detention. All too often young boys are simply released back into the community and the school system»: *Punishing Criminals*, p. 175.

⁴⁹ «...law reform and reform of the judicial procedures probably is the most effective way to reduce the crime rate. Per dollar invested it would be far more effective than the prescription of harsher penalties, or better housing, or welfare, or education»: *Ibidem*.

⁵⁰ Nuestro autor comenta que cualquier sistema de nombramiento de jueces es mejor que el basado en vinculaciones políticas, se confirmen electoralmente o no.

grupos, razón por la que no están interesados en presionar para que se lleven a cabo⁵¹.

También hay necesidad de reformas en lo referente a los acusados. Salvo cuando es previsible la pena de muerte, estos son puestos en libertad bajo fianza aunque su historial indique que son peligrosos para la comunidad. La ley prescribe que la cantidad de la fianza no supere el mínimo que asegura que el acusado no abandonará la jurisdicción del tribunal. Y cuando se acepta el peligro para la comunidad como motivo para denegar la fianza, la carga de la prueba recae sobre la fiscalía. Rara vez se consigue dicha prueba. Van den Haag considera que, puesto que los sospechosos son llevados a juicio en menos de tres meses, parecería razonable facilitar a los jueces que nieguen la fianza a quienes ya han sido declarados culpables de delitos graves⁵². Esto evitaría por lo menos todos los delitos que cometen los delincuentes en libertad bajo fianza. Más aún –añade nuestro autor– las penas por delitos cometidos en esa situación deberían ser automáticamente superiores en un 50% a las penas prescritas por el mismo delito en otras condiciones. «Nuestro sistema hace que el castigo sea incierto y tardío. Aquí sólo hemos señalado algunos de los factores que provocan esa incertidumbre y ese retraso. Pero parece evidente que las reformas son más que necesarias y que, en su mayor parte, deben afrontarse en el sector de

⁵¹ «We are so accustomed to “solve” problems by spending more money and creating more jobs, that chances for needed reforms are dimmed when they require not more money but simply more rational procedures. Since they do not call for expenditures from which some group would directly benefit, no interest group pushes for reforms. Therefore, the reforms advocated, despite their obvious general benefits, are slow to come. Still, we must try»: *Punishing Criminals*, p. 176.

⁵² Van den Haag rechaza el argumento de que esto supone añadir castigo sin que haya sido declarada la culpabilidad. Objeta que los veredictos anteriores permiten considerar a una persona más peligrosa que otras para la sociedad. Y por la misma razón que ésta no podría ser policía, tampoco puede ser dejada en libertad bajo fianza, si constituye un peligro. Cfr *Punishing Criminals*, p. 176.

los procedimientos penales. Los arrestos no son útiles salvo que el culpable sea castigado»⁵³.

8. *Cómo abordar las reformas*

Para abordar estas reformas es necesaria legislación. Las comisiones que estudien los borradores de las leyes deberían hacer propuestas para:

- 1) identificar los factores que provocan los bajos índices de esclarecimiento de delitos, los bajos índices de condena, las suaves condenas para muchos de los convictos, y el hecho de que cometan tantos delitos los delincuentes que se encuentran en libertad condicional, bajo palabra o bajo fianza;
- 2) cambiar las leyes y procedimientos de modo que se esclarezcan un 30% más de los delitos;
- 3) elevar los índices de convictos un 30%;
- 4) proponer leyes que prohíban la libertad condicional o que se suspenda la sentencia si un acusado es condenado por segunda vez o si ha sufrido más de tres arrestos que no han desembocado en que sea declarado culpable;
- 5) “minimizar” la libertad bajo palabra a los convictos por segunda vez.

Según nuestro autor, este tipo de cambios y de mandatos se necesitan en las jurisdicciones estatales y federales, pero sobre todo en las estatales⁵⁴.

⁵³ «Our law-enforcement system makes punishment uncertain and late. Only a few of the factors causing uncertainty and and delay have been identified here. But it seems obvious that reforms are overdue and that the major reforms must occur in the area of criminal procedure. Arrests are of no use unless the guilty are punished»: *Ibidem*, p. 177.

⁵⁴ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 177.

Por otra parte nos parece interesante señalar que nuestro autor contempla la posibilidad de aumentar el espectro de penas con otras que se adapten mejor a la tipología del delito. Así, por ejemplo, el exilio o el destierro, aunque estén hoy día mal vistos, podrían servir para castigar delitos que dependen del enraizamiento del delincuente⁵⁵. También propone modificar el sistema de multas: algunos delitos, a los que interese aplicar una condena de cárcel sólo para “estigmatizarlos” (y no para proteger a la sociedad del delincuente), podrían llevar aparejado un periodo de reclusión no tan prolongado, al que se añadiesen multas proporcionales a los ingresos previsibles del delincuente, calculadas en número de días de ingresos, pero distribuidas de manera que se incentive su pago (no tan difíciles de pagar que el delincuente no tenga interés por intentarlo)⁵⁶. Nos parecen oportunas estas propuestas, que, indudablemente, requerirían un esfuerzo en su puesta a punto, pero que podrían contribuir a aliviar un poco la “saturación” de las instalaciones penitenciarias. Por último, comentamos que nuestro autor dedica unas páginas a señalar qué tipos de delitos y de delincuentes requerirían la prisión como castigo, o el internamiento -de quien ha cometido el hecho delictivo- en un centro adecuado⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 252-261.

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 230-239.

⁵⁷ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 241-251.

CAPÍTULO V. LA PENA DE MUERTE Y LAS TEORÍAS DE LA DISUASIÓN

A. Introducción

El aspecto de la disuasión es al que nuestro autor ha dedicado más páginas en sus obras sobre la pena de muerte, aunque desde el primer momento reconoce que la cuestión de la justicia tiene más relevancia desde el punto de vista filosófico¹. Como sabemos, en la mente de Van den Haag el juicio sobre la eficacia disuasoria del sistema de justicia penal tiene un papel de primer orden. En el capítulo que comenzamos hemos procurado dedicar a la eficacia disuasoria de la pena de muerte el espacio estrictamente necesario para dar a conocer con cierta profundidad la postura del autor. De este modo eludimos –o abreviamos– algunos discursos de interés ético relativo. Haber estudiado en capítulos anteriores diversas cuestiones que afectan a las penas en general (objeciones a la responsabilidad personal del delincuente, críticas a la teoría de la disuasión, etc.) nos permitirá ceñirnos en este capítulo a lo específico de la pena capital.

En esta parte del estudio abundarán las citas de las obras en las que el autor ha dedicado más espacio a la cuestión –*On Deterrence and the Death Penalty, Punishing Criminals, y The Death Penalty. A Debate*–. En la primera y

¹ Cfr. VAN DEN HAAG, *On Deterrence and the Death Penalty*, en “The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science” 60 (1969) n. 2, p. 142; este artículo es la versión revisada del publicado poco antes con el mismo título en *Ethics* 78 (july 1968), pp. 280-288. En adelante nos referimos a este artículo como *On Deterrence and the Death Penalty*.

en la última se trata específicamente de la aplicación a la pena de muerte del argumento de la disuasión. En otras obras nuestro autor trata el asunto con más brevedad².

B. Los fines de la pena y la pena de muerte: Pena de muerte y teorías de la disuasión

1. La necesidad de la pena de muerte

Ya hemos visto que para nuestro autor la primacía entre los fines de la pena recae sobre el de la disuasión. No puede extrañarnos que conceda que «si la rehabilitación y la protección de la sociedad de los delincuentes no rehabilitados fueran las únicas finalidades del castigo legal, la pena de muerte podría ser abolida: porque ésta no puede conseguir la primera, ni es necesaria para las segunda. No se puede argumentar a favor de la pena de muerte a no ser que “hacer justicia” o “disuadir a otros” estén entre los objetivos de las penas»³. Cada uno de estos dos fines, dice nuestro autor,

² Cfr. VAN DEN HAAG, E., *The Death Penalty Once More*, en “University of California-Dawis Law Review” 18 (summer 1985), pp. 957-972, recogido en *The Death Penalty in America, Current Controversies* (Bedau, H.A., ed.), Oxford University Press, Reprint 1998, pp. 445-455 (concretamente, sobre el argumento: pp. 449-451). Cfr. VAN DEN HAAG, E., *The Ultimate Punishment: A Defense*, en “Harvard Law Review” 99 (1986), pp. 1665-1666. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *Why Capital Punishment?*, en “Albany Law Review” 54 (1990), pp. 509-510. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *For Capital Punishment*, en “Israel Law Review” 25 (1991) n. 3-4, pp. 462-463. Nos referiremos más abreviado a estos artículos respectivamente como *The Death Penalty Once More*, *The Ultimate Punishment: A Defense*, *Why Capital Punishment?* y *For Capital Punishment*.

³ «If rehabilitation and the protection of society from unrehabilitated offenders were the only purposes of legal punishment the death penalty could be abolished: it cannot attain the first end, and is not needed for the second. No

puede de suyo justificar la pena capital⁴. Quienes se oponen a la pena de muerte deben mostrar que no es así, mientras que los que la sostienen se pueden apoyar en ambos⁵.

2. La disuasión. Recapitulación

Recordamos ahora sólo algunas ideas centrales sobre la disuasión.

Ésta no justifica el castigo de inocentes, ni el castigo desproporcionado. La medida del castigo la proporciona el interés que la sociedad muestra por la protección de un valor. La disuasión actúa al menos en dos niveles: en la formación de la conciencia de los individuos (más importante) y condicionando su comportamiento ante la proximidad del peligro⁶.

case for the death penalty can be made unless "doing justice," or "detering others," are among our penal aims»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 141.

⁴ Van den Haag no cifra la eficacia de la pena de muerte en que inhabilite al delincuente concreto. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *Deterrence and the Death Penalty: A Rejoinder*, en "Ethics" 81 (1981), p. 74. Este artículo, que citaremos como *Deterrence and the Death Penalty: A Rejoinder*, es una réplica al de BEDAU, H.A., *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, en "Ethics" 80 (April 1970), pp. 205-217. Citaremos este artículo como *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*. Bedau tiene también la versión modificada del artículo de Van den Haag cuando escribe el suyo, y no aprecia diferencias significativas de cara a su crítica. Cfr. *ibidem*, nota 1.

⁵ Cfr. *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 141. Cfr. *Punishing Criminals*, p. 207: Habría dos justificaciones para la pena de muerte: Una moral (la pena de muerte podría ser exigida, o al menos permitida, atendiendo a consideraciones sobre la justicia) y otra utilitarista (puede tener un efecto disuasorio superior al de otras penas).

⁶ «Most people further transform external to internal danger: they acquire a sense of moral obligation, o conscience, which threatens them, should they do what is wrong. Arising originally from the external authority of rulers and rules, conscience is internalized and becomes independent of external forces»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 143. «Most people refrain from offenses because they feel an obligation to behave lawfully. But this obligation would

Quienes sostienen las teorías de la disuasión no pretenden que este tipo de prevención funcione siempre, pero sí buscan su optimización, que se puede lograr con las medidas políticas adecuadas. De hecho hay quienes no responden adecuadamente a la amenaza de la ley. Esto puede deberse a diversas causas, entre las que se cuentan anomalías psicológicas permanentes o transitorias, condicionantes educativos y sociales, etc. Con un adecuado funcionamiento del sistema de justicia penal, se pueden reducir los casos en que esos condicionantes anulan el efecto disuasorio⁷.

3. El efecto disuasorio adicional de la pena de muerte

En Estados Unidos hay básicamente tres tipos de penas: multas, cárcel, pena de muerte. El abanico de penas está bastante limitado desde que desapareció el castigo físico. Desde el punto de vista disuasorio, tiene sentido la existencia de la pena de muerte –frente a una pena alternativa como la cadena perpetua–, si existe algún valor (como la vida del ser humano inocente) que la sociedad pretenda proteger más que ninguna otra cosa.

En sentido estricto, las únicas penas reversibles son las multas. En caso de error judicial, tampoco es recuperable el tiempo pasado en prisión. El matiz específico que añade la pena de muerte es la irrevocabilidad.

Esto supone un efecto disuasorio adicional, y el psicoanalista procura darnos las razones psicológicas: en primer lugar está el temor a la muerte en sí, que nos hace generalmente excluirla de nuestro horizonte vital próximo⁸, de modo que a efectos prácticos descartamos su existencia, como

scarcely be felt if those who do not feel or follow it were not to suffer punishment»: *Ibidem*.

⁷ Cfr. *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 143.

⁸ «Most people are unable to imagine their own end and fear it more than anything»: *Punishing Criminals*, p. 211.

si la muerte sólo se llevase a los ejecutados⁹. La pena capital nos pone delante la implacable certeza de la muerte.

En segundo lugar está lo que tiene de significado simbólico para el reo. Ser llevado a la muerte porque los conciudadanos lo encuentran a uno indigno de vivir es algo que añade otro temor al temor habitual ante la muerte misma: si en condiciones normales la muerte constituye una llamada a la solidaridad, en el caso del condenado ésta procede del rechazo a su conducta¹⁰.

Hugo Adam Bedau objetará a nuestro autor que no han sido comprobados empíricamente ni el supuesto aspecto disuasorio adicional de la pena de muerte ni, en general, que cuanto más dura es una pena más disuade (serían meramente hipótesis plausibles)¹¹. También critica que se centre más en la dimensión disuasoria de la pena que en la importancia de las políticas policiales¹². En cambio, Reiman –retribucionista– enfoca la cuestión de modo diverso: admite que personalmente teme la pena de muerte, pero no se le ocurre ningún acto del que le disuadiera más la pena de muerte que una cadena perpetua igualmente probable. Comenta que lo mismo le puede suceder a más gente¹³. Reiman percibe una vinculación tan

⁹ «The intensive fear of the death penalty –suggested *inter alia* by the agitation for abolishing it– in part is fear of the unknown. It also springs from confusion: death is attributed to the penalty as though it caused an otherwise would keep: people not legally deprived of freedom are free, but people not legally deprived of life still die»: *Punishing Criminals*, p. 211.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 212.

¹¹ «Until we see evidence concerning specific crimes, specific penalties, specific criminal populations, which show that in general the Greater the Severity the Greater the Deterrence, we run the risk of stupifying ourselves by the merely plausible»: BEDAU, H.A., *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, pp. 214-215.

¹² Cfr. *ibidem*, p. 215.

¹³ Cfr. REIMAN, J. H., *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, en “Philosophy & Public Affairs” 14 (spring 1985), n. 2, pp. 144-145.

próxima de la disuasión con la “amenaza”, que no concibe que se pueda hablar de efecto disuasorio si realmente en el día a día convivimos con “amenazas” de muerte que nos parecen poco¹⁴.

C. El debate sobre la disuasión

1. Los crímenes pasionales

Entre los argumentos contrarios a la pena de muerte que se relacionan con su supuesta capacidad disuasoria, está la consideración de que los crímenes pasionales se cometen en tal estado de agitación que el individuo es incapaz de experimentar ese supuesto poder disuasorio. En primer lugar, Van den Haag critica a los abolicionistas que emplean este argumento contra la pena de muerte en general, pues deberían circunscribir esa apelación a los casos de delito pasional, y no a todos. Más

Cuando publicó este artículo, Reiman era *Professor of Philosophy and Justice* en la *American University* de Washington, D.C. A nuestro juicio Reiman no ha calado en la “filosofía” de la disuasión que nuestro autor expone en el conjunto de su obra. Para Van den Haag más que el riesgo inmediato que pueda percibir el asesino, lo que actúa como disuasorio es la percepción generalizada en la sociedad de que el asesinato se castiga con una contundencia muy superior a la de cualquier otro delito.

¹⁴ No se cumple la semejanza del temor a la pena de muerte con el temor a sufrir por ejemplo un accidente. Y aunque fuera así, pocos conductores emplean el cinturón de seguridad. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 145. Pasando a la amenaza real que debería sentir el delincuente, señala Reiman que cada año mueren en Estados Unidos entre 500 y 700 delincuentes sospechosos en tiroteos, -sea con civiles armados, sea con policías que llevan el arma encima cuando están fuera de servicio-. O sea que el delincuente debería percibir que el riesgo de morir por arma de fuego es altísimo: atendiendo a las cifras, se trata de una amenaza mucho más real que la pena de muerte (cuya ejecución va precedida de la captura, la sentencia y las apelaciones).

aún teniendo en cuenta que en Estados Unidos rara vez –dice nuestro autor– se pide la pena de muerte por la comisión de un delito pasional¹⁵. Y aunque sea plausible la afirmación de que los crímenes pasionales no se evitan con amenazas, esto no está exento de dificultades. Puede ser que en muchos casos la pasión haga simplemente que el potencial asesino sea más difícil de disuadir, no que no lo sea en absoluto. De ser así quizá un castigo más fuerte –como la pena de muerte– disuadiría a quienes no se disuadirían con la amenaza de uno más suave. Pero si no fuera así y si no se castigaran los delitos o se castigaran suavemente, esto ofendería a su vez nuestro sentido de justicia y algunos damnificados podrían llegar a tomarse la justicia por su mano (a través de crímenes pasionales). Es decir: si no se castigan con la debida severidad, este tipo de delitos puede ir en aumento. «De todos modos parece demasiado amplio decir que todos, más bien que algunos, los crímenes pasionales son “no-disuadibles”. La “pasión” no es una cualidad distintiva homogénea caracterizada por la “in-disuadibilidad”. Hay grados y los contornos son borrosos»¹⁶. Nuestro autor afirma que los crímenes pasionales aumentan cuando el castigo disminuye y disminuyen cuando el castigo aumenta. Al menos algunos podrían evitarse mediante la disuasión. Y aunque se mostrase que no se pueden evitar totalmente, imponer penas graves tendría el efecto positivo de que sólo se cometerían los delitos “inevitables”. El fuerte aumento de los índices de homicidio de Estados Unidos –que siempre fueron mucho mayores que en Japón y Europa– se debería en parte a la práctica desaparición de la pena de muerte. Esta restringía a gente de todo tipo,

¹⁵ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 221.

¹⁶ «At any rate, it seems too sweeping to say that all, rather than some, “crimes of passion” are nondeterrable. “Passion” is not a distinct homogeneous quality characterized by nondeterrability. There are degrees and the borderlines are blurred. “Passion” and “non-passion” are continuous, not wholly separate, qualities. Crimes of passion rise as punishment declines and decline when punishment rises. At least some are deterrable»: *Punishing Criminals*, p. 222.

pero especialmente a los no-pasionales. El fuerte aumento de los casos en que el asesino no conocía a la víctima apunta en esta dirección¹⁷.

2. Los cambios sociales y el escepticismo frente a la disuasión

Entre los que –para combatir la delincuencia– sostienen la política de cambios sociales¹⁸, hay quienes insisten en que no se ha demostrado que la pena de muerte sea más disuasoria que las penas alternativas y en que, por tanto, debe ser abolida. Van den Haag duda de la utilidad de la estadística para dirimir la cuestión comparativa, pero piensa que la causa real de esa objeción es la ausencia de una explicación racional convincente sobre su propia oposición a la pena capital¹⁹.

¹⁷ En Nueva York, en 1960, víctima y asesino se conocían en el 80% de los casos. En 1974, los casos en que no se conocían constituían el 34% del total. Cfr. *ibidem*, pp. 222-223. También en Nueva York, de 1970 a 1976, el índice de homicidios se incrementó en un 60%. Si han disminuido en proporción los crímenes de pasión –que son los que se suelen considerar difíciles de disuadir– concluye Van den Haag que ahora –al no aplicarse la pena de muerte– delinquen muchos de los que antes quedarían constreñidos. Cfr. *Bring Back the Death Penalty?*, pp. 37-38.

¹⁸ Evitamos aquí repetir la argumentación sobre la reducción del delito con ese tipo de políticas.

¹⁹ «I doubt that those who insist that the death penalty has not been demonstrated to be more deterrent than other penalties really believe that is not. Or that it matters. I am fairly certain that the deterrent effect of the death penalty or its absence, is not actually important to them. Rather. I think, they use the lack of statistical demonstration of a marginal deterrent effect to rationalize an opposition to the death penalty that has nonrational sources yet to be examined»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 69.

Entre los que dudan de la eficacia disuasoria “diferencial” de la pena de muerte está Conrad²⁰, quien comparte con nuestro autor el escepticismo sobre una prueba estadística definitiva en ese sentido²¹.

3. *Las estadísticas*

a) El estudio de Sellin

El profesor Thorsten Sellin, tras estudiar las estadísticas entonces disponibles, concluía que no había prueba estadística del efecto disuasorio de la pena de muerte. Van den Haag señala que esto sólo significaría que la disuasión no ha sido demostrada estadísticamente y no –como se da a entender– que se haya demostrado estadísticamente lo contrario²².

Por otra parte el estudio de Sellin se presta a otras observaciones. Las estadísticas, aun siendo las mejores disponibles, son no obstante poco representativas como para extraer conclusiones de ellas. Indican que no varía mucho el índice de homicidios en áreas similares con y sin pena de muerte ni en la misma zona antes y después de la abolición. Pero Van den Haag considera que hay factores, importantes a efectos estadísticos, que no contemplan: las áreas no son suficientemente similares; los períodos estudiados no son suficientemente largos; hay muchos otros cambios sociales, aparte de la abolición de la pena de muerte, que pueden haber influido; algunas de esas diferencias parecen haber afectado a los índices de

²⁰ «I have never seen any reason to believe that the death penalty is more deterrent than a life term in prison, but I will agree with my opponent that it is unlikely that this question will be successfully answered, either»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 66

²¹ Cfr. *ibidem*.

²² «Somewhat surprisingly, Prof. Sellin seems to think that this lack of evidence for deterrence is evidence for the lack of deterrence. It is not. It means that deterrence has not been demonstrated statistically –not that non-deterrence has been»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 145.

homicidios. Nuestro autor dice que no sabe de ningún análisis que haya ajustado estos cambios y diferencias. Y puede ser lógicamente coherente con el efecto disuasorio de la pena de muerte postulado que haya menos homicidios después de la abolición: sin ella todavía habría menos²³.

Los índices de asesinatos no dependen sólo de las penas (o no lo hacen más que otros delitos). De ahí que su variación no pueda ser atribuida sólo a la existencia o no de cambios en ellas, salvo que sepamos que no ha variado ninguno de los otros factores que influyen en el índice de homicidios, cosa que normalmente no sabemos. Señala Van den Haag que creer que la pena de muerte disuade no implica pensar que la pena de muerte –o cualquier otra- sea la única o decisiva “variable causal”. Esto sería tan absurdo como pensar que las “causas sociales” son el único factor o que son siempre el factor decisivo. Para estar a favor de la pena de muerte no hay que negar la eficacia de ninguna variable. Es suficiente afirmar que la severidad de la pena puede influir a algunos potenciales criminales, y que la severidad añadida de la pena de muerte añade también disuasión, o puede añadirla²⁴. Es más que posible que el efecto disuasivo pueda ser aplacado (o intensificado) por factores no-penales que influyan sobre la tendencia. Y la presencia o ausencia de estos factores quizá sea difícil o imposible de demostrar.

Van den Haag, en contra de lo que Sellin y otros presumen, duda de que los delincuentes sean conscientes de si hay o no pena de muerte en diferentes estados y periodos²⁵. Este tipo de inconsciencia arguye contra la idea del “asesino calculador”, pero no contra la pena de muerte si por

²³ Cfr. *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 146.

²⁴ «It is enough to affirm that the severity of the penalty may influence some potential criminals, and that the added severity of the penalty adds to deterrence, or may do so»: *Ibidem*, p. 146.

²⁵ Quiere decir el autor que el delincuente no se informa necesariamente de si en un estado en cuestión se está efectivamente aplicando la pena de muerte. Conviene distinguir en el debate sobre la disuasión entre condenas a muerte dictadas y ejecutadas.

disuasión entendemos una respuesta preconsciente a una amenaza, que no necesariamente tiene que ser específica ni explícitamente percibida. A pesar de la abolición, puede darse un índice de homicidios constante por inadvertencia y no por falta de disuasión: la gente continúa disuadida durante un período largo por la severidad que ha tenido la pena en periodos pasados o por la severidad que ha tenido en circunstancias similares en zonas próximas. Van den Haag no sostiene que el asesino vaya buscando los sitios donde no se aplica la pena de muerte, sino que «la amenaza generalizada de la pena de muerte puede ser un disuasivo, y más cuanto más comúnmente se aplique»²⁶. La disuasión no desaparece en áreas particulares donde hay abolición, aunque puede debilitarse algo por aboliciones locales. Este debilitamiento quizá se detecta difícilmente a causa de los cambios en muchos factores que compensan o refuerzan el efecto disuasorio. Por todo lo anterior, Van den Haag duda de que se pueda mostrar por métodos estadísticos la presencia o ausencia de un efecto disuasorio de la pena de muerte. Las estadísticas del Prof. Sellin *et al.* sólo muestran que no hay prueba estadística del efecto disuasorio de la pena de muerte²⁷.

b) El estudio de Ehrlich

Como la prueba estadística del efecto disuasorio adicional de la pena de muerte se había mostrado inconclusiva en el estudio de Sellin, Van den Haag se centra ahora en el de Isaac Ehrlich²⁸. Este autor sostenía que las

²⁶ «I hold that the generalizated threat of the death penalty may be a deterrent, and the more so, the more generally applied»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 146.

²⁷ Cfr. *ibidem*. No obstante esto, más adelante veremos que Van den Haag sí parece dar cierto crédito a los trabajos de Ehrlich que señalan, entre otras cosas, la eficacia disuasoria de la aplicación de la pena de muerte.

²⁸ Isaac Ehrlich hizo diversos estudios que mostraban el efecto disuasorio de la aplicación de penas con regularidad (también de la pena de muerte), más que de la “existencia legal” de una pena. A sus investigaciones respondieron otros

conclusiones de Sellin se debían al empleo de «técnicas de correlación simple y mediciones brutas del riesgo condicional de ejecución, porque Sellin no se dio cuenta de la asociación sistemática entre asesinato y riesgo de ejecución (...). La ejecución real de la pena de muerte (...) puede ser un factor mucho más importante –en el comportamiento de los delincuentes– que el status legal de la pena, como lo pueden ser también las probabilidades de detención y condena»²⁹. En lo que se refiere a la pena de muerte, el modelo con ecuación de regresión simultánea de Ehrlich sugiere que una ejecución adicional cada año repercutiría en 7 u 8 homicidios menos. Comenta nuestro autor: «la importancia de esta conclusión es obvia. Habrá que ver si investigaciones posteriores la confirman o desmienten»³⁰.

Al estudio de Ehrlich respondieron otros posteriores. Afirmaban que los resultados recién apuntados dependían de la selección de datos. Van den Haag concede que no hay prueba estadística concluyente ni a favor ni en contra de la pena de muerte. En ausencia de prueba estadística, ¿hay algún otro argumento que nos conduzca a pensar que la pena de muerte es más disuasoria y de que lo es hasta tal punto que autorice su institución?³¹

Conrad defenderá el estudio de Sellin: opina que la larga moratoria de las ejecuciones impide que en el periodo de su vigencia se pueda llevar a

autores que llegaban a conclusiones diversas. No es extraño que Van den Haag tenga un buen concepto de los estudios de Ehrlich ni que algunos abolicionistas en cambio los descalificasen. El que cita aquí Van den Haag fue publicado en “American Economic Review” (June 1975).

²⁹ «Ehrlich points out that Sellin’s findings are produced by “simple correlation techniques and rough measures of the conditional risk of execution ...The actual enforcement of the death penalty...may be a far more important factor affecting offenders’ behavior than the legal status of the penalty; [so may] the probabilities of apprehension and conviction”»: *Punishing Criminals*, p. 217.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 65. Van den Haag comenta que no se ha probado estadísticamente que una pena de 4 años disuada más que una de dos, sino que simplemente lo asumimos. Se pregunta –como otras veces– por qué esa prueba se pide sólo para la pena de muerte.

cabo una investigación estadística adecuada sobre la comparación entre los efectos disuasorios de la pena de muerte y su alternativa³². La mejor investigación de Sellin no tenía este problema, porque los datos que manejaba son de un periodo anterior (1961-1963). Entre otras conclusiones encontró una tasa de muertes de agentes a cargo de delincuentes de 0.393 por cada 1000 policías, en los estados abolicionistas, y de 0.398 en los retencionistas. Los datos son discutibles, comenta Conrad, porque pequeños cambios en las cifras pueden traducirse en grandes variaciones en los cocientes. Pero éstos serían los únicos datos con que se podría contar³³.

c) El “dilema” de Van den Haag y la retribución

Según Van den Haag, la incertidumbre sobre si la pena de muerte disuade nos sitúa frente a dos posibilidades. Por un lado, si se impone la pena de muerte y ésta no activa un efecto disuasorio, esa muerte ha sido en vano (sólo desde el punto de vista de la disuasión): hay una “pérdida neta”. Por otro, si castigamos con la pena de muerte y por esto algunos posibles asesinos se disuaden, hemos ahorrado las vidas de algunas futuras víctimas (los posibles asesinos también ganan, porque a través de la disuasión se han ahorrado el castigo). En este segundo caso la pena de muerte conduce a una ganancia neta. Por supuesto, se le puede dar la vuelta a los cálculos. La ausencia de la pena de muerte puede no dañar a ninguno y producir, por esto, una ganancia -la vida del asesino convicto-. O puede matar futuras

³² La moratoria tuvo lugar de 1965 a 1980.

³³ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 237-238. No obstante Conrad acaba admitiendo que el período que abarcan las investigaciones de Sellin es demasiado corto, los números son demasiado pequeños para ser significativos, y además se ignoran los datos más representativos a efectos delictivos que podrían marcar la diferencias entre los dos estados (diferencias en la composición de la población relativas a edad, sexo, composición racial, grado de urbanización e industrialización, desigualdades en ingresos, etc.). Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 240.

víctimas de asesinos que podían haber sido disuadidos, y entonces produce una pérdida: sus vidas³⁴.

Dicho de otro modo: arriesgamos algo cierto -la muerte (o la vida) del hombre convicto- por algo incierto -la muerte (o la vida) de las víctimas de los asesinos que pueden ser disuadidos-³⁵. Es un tipo de incertidumbre semejante a la que se tiene en otras muchas acciones humanas (entre otras: las inversiones o el juego). Por ello, no tendría mucho sentido que se exijan más pruebas al aspecto disuasivo de la pena de muerte que al resto de las penas. Máxime cuando el logro de otros fines, como la rehabilitación, descartados por la pena capital, no conlleva menos incertidumbre que la disuasión³⁶.

d) La prueba del efecto disuasorio adicional

La razón por la que se espera una mayor disuasión de la pena de muerte es precisamente su mayor severidad. Y como parece más importante tener consideración con las víctimas que con los delincuentes, la carga de la prueba de que la mayor dureza -inherente a la irrevocabilidad- no supone mayor disuasión recae sobre los que se oponen a la pena de muerte, sostiene Van den Haag. Los defensores de la pena de muerte sólo necesitan mostrar que no hay más incertidumbre sobre ella que sobre una mayor

³⁴ Cfr.: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 147. Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 215-216.

³⁵ «We lose the lives of the victims who would have been spared had we been willing to deter their murderers by executing other murderers»: *Punishing Criminals*, p. 216.

³⁶ «More proof is demanded for the deterrent effect of the death penalty than is demanded for the deterrent effect of other penalties. This is not justified by the absence of other utilitarian purposes such as protection and rehabilitation; they involve no less uncertainty than deterrence»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 147.

severidad en general³⁷. Si nadie pide que se demuestre que una pena de seis años disuade más que una de tres, no tiene mucho sentido que se exija demostrar que la pena de muerte disuade más que las alternativas. La incertidumbre favorece por mucho a la pena de muerte porque imponiéndola salvaríamos futuras víctimas de asesinatos. Este efecto es tan verosímil como la idea generalizada de que las penas tienen efectos disuasorios, que aumentan con el rigor de la pena. Aunque no tengamos pruebas positivas sobre la disuasión que conlleva la pena, tampoco tenemos pruebas de que tenga una eficacia nula o de que sea contraproducente. «Pienso que no tenemos derecho a arriesgar futuras víctimas adicionales de asesinato, por consideración con los asesinos convictos; al contrario, nuestra obligación moral es arriesgar la posible ineficacia de las ejecuciones»³⁸. La opinión contraria puede justificarse, dice Van den Haag, pero parece estar motivada por el simple hecho de que las ejecuciones están sujetas a un mayor control social que el asesinato. Esto, que se puede decir de todas las penas, no arguye por la supresión de ninguna.

Nuestro autor señala que nadie pide para otras penas la demostración de su efecto disuasorio adicional. Paradójicamente, esta falta de prueba –sobre el efecto disuasorio superior de la pena de muerte– es el argumento más frecuente para su abolición³⁹.

³⁷ Cfr. *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 147. Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 213-215.

³⁸ «I believe we have no right to risk additional future victims of murder for the sake of sparing convicted murderers; on the contrary, our moral obligation is to risk the possible ineffectiveness of executions»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 147.

³⁹ «Proof of added deterrence is not demanded for any other penalty... and the (alleged) lack of proof of marginal deterrence is the most common argument for abolition»: *Punishing Criminals*, p. 215.

Bedau rechaza que deban ser los abolicionistas los que lleven “la carga de la prueba” en la cuestión de si la pena de muerte disuade más o no que la cadena perpetua⁴⁰.

4. El sentido común como alternativa a la prueba estadística

Nuestro autor comenta que muchas veces no existe una prueba científica de algo que el sentido común nos señala como verdadero. La importancia de la ausencia de esa prueba es relativa: no se paró el mundo porque Zenón no supiera explicar el movimiento. El hecho es que la pena de muerte disuade más porque no es comparable a las otras -que son desagradables, pero no quitan la vida-. Y esta diferencia la aprecian aquéllos a quienes afecta, porque la gran mayoría de los que han podido elegir entre vivir en prisión y la ejecución, han elegido lo primero: por todos los medios a su disposición (apelaciones, peticiones de conmutación...), muestran que prefieren vivir en la cárcel a ser ejecutados⁴¹. Disuade más lo que más se teme. De ahí que -acierten o no las estadísticas en lo que quieren mostrar- parezca que la pena de muerte disuade más que ninguna otra⁴².

⁴⁰ Cfr. *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, pp. 215-216.

⁴¹ «Life in prison is still life, however unpleasant. In contrast, the death penalty does not just threaten to make life unpleasant –it threatens to take life altogether. This difference is perceived by those affected. We find that when they have the choice between life in prison and execution, 99% of all prisoners under sentence of death prefer life in prison. By means of appeals, pleas for commutation, indeed by all means at their disposal, they indicate that they prefer life in prison to execution»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 68.

⁴² Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 69.

5. *El abolicionismo radical y la eficacia de la disuasión*

Hay algunos estudios que procuran revelar que la pena de muerte no tiene efecto disuasorio adicional. Otras publicaciones, en cambio, se proponen mostrar que no se puede aclarar si tiene o no ese supuesto efecto disuasorio adicional -como en el caso de Sellin-. Respecto a unos y otros Van den Haag comenta que -en general- tales investigaciones han sido elaboradas por abolicionistas, que se sirvieron de ellas para transmitir la idea de que la pena de muerte es inútil. Desde el punto de vista propagandístico dichos estudios han tenido éxito porque, de hecho, muchos abolicionistas piensan de buena fe que la pena de muerte no es más disuasoria que la cadena perpetua y que esto constituye un argumento para abolirla⁴³.

Distinto es el caso de los abolicionistas más apasionados que emplean el mismo argumento, cuando realmente la cuestión de la disuasión no les importa realmente. Fingen cuando emplean el argumento de la falta de prueba sobre el efecto disuasorio adicional de la pena de muerte, y fingen también cuando alegan que la pena de muerte se aplica de modo caprichoso e irregular. Fingen porque emplean el argumento sólo para conseguir sus propósitos, pero se opondrían a la pena de muerte igualmente si se demostrase la falsedad de dichas afirmaciones. Para ilustrar esta opinión nuestro autor comenta que en un simposio celebrado en la *Arizona State University* el 15 de octubre de 1977 preguntaron a los profesores Charles Black y Hugo Adam Bedau si se opondrían a la pena de muerte, en el supuesto caso de que se demostrase que es mucho más disuasiva que las penas alternativas. Respondieron que sí. Ante las sucesivas preguntas de si se seguirían oponiendo a la pena de muerte aunque con su abolición (y sustitución con la cadena perpetua) se

⁴³ Cfr. VAN DEN HAAG, E., *The Collapse of the Case against Capital Punishment*, en "National Review", 31-III-1978, p. 403. Nos referiremos a este artículo como *The Collapse of the Case against Capital Punishment*.

incrementasen los índices de homicidios en un 10, 20, 50, 100 o un 1000% continuaron afirmando que también se opondrían en esos casos⁴⁴.

«Me veo obligado a concluir que los profesores Black y Bedau piensan que las vidas de los asesinos convictos (por pocos que sean) son más dignas de protección que las vidas de un número indefinido de víctimas inocentes (por muchas que sean). O que el principio de la abolición es más importante para ellos que las vidas de un número cualquiera de víctimas de asesinatos, que serían respetadas si los asesinos convictos fuesen ejecutados»⁴⁵. El Fiscal General del Tribunal Supremo, Ramsey Clark, ante las mismas preguntas respondió a Van den Haag que nada podría convencerle para que apoyase la pena de muerte. Recapitula nuestro autor: estos autores *no* creen que la pena de muerte añada disuasión. A pesar de las pruebas, no creen que la abolición provoque un aumento del índice de homicidios. Y aunque estuviesen convencidos de lo contrario, seguirían oponiéndose a la pena de muerte. «Luego, a estos abolicionistas completamente comprometidos no les importa la disuasión»⁴⁶. Van den Haag deduce una actitud falsa por parte de estos autores: apelan a una presunta ineficacia que les trae sin cuidado⁴⁷; para ellos es irrelevante si la pena de muerte disuade o no. Nuestro autor no comprende esta actitud: «la intransigencia de estos humanitarios comprometidos es tan misteriosa

⁴⁴ Cfr. *The Collapse of the Case against Capital Punishment*, p. 403.

⁴⁵ «I am forced to conclude that Professors Black and Bedau think the lives of convicted murderers (however small their number) are more worth preserving than the lives of an indefinite number of innocent victims (however great their number). Or, the principle of abolition is more important to them than the lives of any number of innocent murder victims who would be spared if convicted murderers were executed»: *Ibidem*.

⁴⁶ «These totally committed abolitionists, then, are not interested in deterrence»: *Ibidem*.

⁴⁷ Este argumento lo expone nuestro autor en diversas publicaciones. Cfr. *For the Death Penalty* en "The New York Times", 13-X-1983, A21.

como inhumana»⁴⁸. Le resulta incomprensible que se defienda con ardor un argumento que en el fondo no se comparte. Sólo se explica como efecto de un compromiso ideológico apasionado⁴⁹.

6. *Condiciones del efecto disuasorio de la pena de muerte*

Van den Haag señala cuatro factores de los que depende que la pena de muerte sea un disuasorio más efectivo: que haya una proporción suficiente de ejecuciones; que la pena no se aplique en diversos sitios, sino en cualquier sitio, en un área lo suficientemente extensa como para que en general los asesinos estén convencidos de que asesinar es arriesgarse a ser condenado a muerte; que la pena de muerte se aplique en un periodo lo suficientemente largo como para que cale esa convicción; y que se aplique de modo más rápido y rutinario de lo que se aplica actualmente. Concluye comentando que todas estas condiciones son de sentido común, y el estudio de Sellin las ignoraba⁵⁰.

7. *Los casos especiales*

Nuestro autor plantea diversas circunstancias, muy infrecuentes pero importantes, en las que la pena de muerte sería la única fuente posible de disuasión. La primera sería la de quienes se planteasen un golpe de estado o una revolución que confían llevar a cabo rápidamente. En este caso cuentan con que cualquier sentencia de prisión les será revocada en cuanto sus aliados lleguen al poder. En cambio, la pena de muerte es irrevocable.

⁴⁸ «They claim that the death penalty does not add to deterrence only as a sham argument. Actually, whether or not the death penalty deters is, to them, irrelevant. The intransigence of these committed humanitarians is puzzling as well as inhumane» *The Collapse of the Case against Capital Punishment*, p. 403.

⁴⁹ Sentencia nuestro autor: «Fiat injustitia, pereat humanitas»: *Ibidem*.

⁵⁰ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 240.

Caso semejante es el de los espías en tiempo de guerra. El tercer caso es el de reclusos que están cumpliendo una sentencia de cadena perpetua. Éstos pueden ser disuadidos de nuevos delitos dentro de la prisión si saben que se les puede aplicar la pena de muerte⁵¹. Un cuarto caso especial sería el del soldado que puede desertar por miedo a morir en la batalla. Por último, cabe plantear la conveniencia de amenazar con la muerte a quien mate a un policía que se encuentre en servicio⁵².

A estos casos nuestro autor añade el de los delincuentes que han cometido delitos que pueden llevarles a cadena perpetua (como rapto, secuestro o asesinato), pero que no han sido detenidos. Estos podrían asesinar a terceras personas o a la víctima del secuestro. El único “incentivo” para no cometer delitos graves sería la posibilidad de ser condenados a pena de muerte. Si quieren evitar la ejecución, no asesinarán a la víctima del secuestro, salvo que ya hayan asesinado a otras; y, en ese caso, serían capaces de asesinar al oficial de policía que procura detenerlos. Señala Van den Haag que, como hay menos niveles dentro de las penas que dentro de los delitos, incluso la pena de muerte puede carecer de efecto disuasorio en los crímenes posteriores: una vez que la primera víctima de un secuestro ha sido asesinada, asesinar a la segunda podría no tener una pena adicional, porque el hombre sólo puede morir una vez. Pero, debido a la amenaza de la ejecución, la primera víctima nunca debería ser asesinada. Y si hay cierta discrecionalidad en las sentencias, los asesinos sabrán que matar nuevas víctimas no hace más que empeorar su situación, y que el asesinato de policías asegura su propia muerte⁵³.

⁵¹ En *Punishing Criminals*, pp. 208-211, también aborda este argumento, aportando además un ejemplo real de dos reclusos que asesinan a dos funcionarios de prisiones, dentro de la prisión. En esta obra señala explícitamente que es difícil saber cuantos crímenes se han evitado gracias a una amenaza: cfr. *ibidem*, p. 208.

⁵² Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 233-235 y 240.

⁵³ *Punishing Criminals*, p. 210. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *Bring Back the Death Penalty?*, p. 37.

Bedau considera que, desde el punto de vista de la disuasión, la cuestión de la condena a muerte de rebeldes, espías y traidores es demasiado teórica⁵⁴. Tendría más importancia estadística el número de los que -condenados a penas de prisión- pueden cometer graves crímenes en la cárcel. A diferencia de Van den Haag, Bedau estima que las posibilidades de confinamiento aislado o de opción a libertad bajo palabra pueden actuar como disuasorio⁵⁵.

Respecto de los casos especiales a que se refería Van den Haag, Conrad considera la de los espías “una calzada de doble sentido”: el espía propio en país ajeno tiene más posibilidades de supervivencia si en el propio país no se ejecuta al espía extranjero, pues esto permite hacer un intercambio. Particularmente dolorosa sería la ejecución de norteamericanos que cooperan con el enemigo⁵⁶. Sobre los que puedan desertar en el frente, afirma que el honor y la lealtad son los medios preventivos mejores. Y para éstos la ejecución sería un desincentivo⁵⁷. Tampoco le parece que haya prueba de que la condena a muerte del que mate al policía haga la vida de este último más segura. Por último, señala los fallos de los funcionarios de la prisión que hicieron posible el doble asesinato al que se refería nuestro autor⁵⁸.

8. *El posible castigo del inocente*

Nuestro autor se pregunta si puede una “cantidad” de disuasión justificar la posibilidad de cometer una injusticia irrevocable, como sería la condena a muerte de un inocente. De una parte, cabe afirmar que «la

⁵⁴ Cfr. *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, p. 207.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 207-209.

⁵⁶ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 238-239.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, p. 239.

⁵⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 235-237.

injusticia es injustificable en cada caso individual, debe reclamarse cada vez que sucede»; de otra, conviene señalar que estamos hablando del proceso que puede producir injusticia, y de la pena que puede hacerla irrevocable: no de los casos individuales que suceden, sino de las reglas generales que pueden producirlos. «Para considerar objeciones a una regla general (la previsión de penas por la ley), debemos comparar el previsible resultado neto de reglas alternativas y seleccionar la regla (o la pena) que parezca producir menor injusticia»⁵⁹.

Como vemos, el economista se dispone a dirimir la cuestión a través de un balance: la muerte de inocentes por un error judicial es injusta; también lo es la muerte de inocentes por asesinato. Si se pueden evitar algunos asesinatos aplicando una pena que se considera más disuasiva que otras – como la pena de muerte-, entonces la pregunta pasa a ser qué pena puede minimizar el número de inocentes muertos (por el crimen y por el castigo). La injusticia irrevocable que a veces se inflige por la pena de muerte podría no ser un argumento significativo en contra de ésta: si la pena capital consigue disuadir a un número tal de potenciales asesinos que se reduzca el número total de inocentes muertos mayor que el que habría sin su existencia⁶⁰.

En general, afirma Van den Haag, «la posibilidad de injusticia arguye contra la penalización de cualquier tipo sólo si la utilidad que se espera de la penalización es menos importante que el probable daño (particularmente a los inocentes) y que las probables desigualdades»⁶¹. La posibilidad de

⁵⁹«To consider objections to a general rule (the provision of any penalties by law) we must compare the likely net result of alternative rules and select the rule (or penalty) likely to produce the least injustice»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 142. Aunque el razonamiento nos parece acertado, no puede dejar de objetarse que, precisamente por la irrevocabilidad de la pena aparejada a la posible injusticia, adquiere ésta un carácter especialmente crítico.

⁶⁰ Cfr. *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 142

⁶¹ «...the possibility of injustice argues against penalization of any kind only if the expected usefulness of penalization is less important than the probable harm

cometer injusticia es un argumento contra la pena de muerte sólo si se considera que la utilidad adicional (disuasión) que se espera de la irrevocabilidad se estima menos importante que el mal adicional. Donde este argumento afecte específicamente a la justicia, Van den Haag propondrá comparar la injusticia infligida por los tribunales con la injusticia –externa a los tribunales– evitada por el proceso judicial.

9. La teoría de la disuasión y la tortura

Nos puede resultar un poco paradójico que sea el aspecto disuasorio el que lleva al psicoanalista a rechazar la tortura. De hecho afirma: «si estuviera seguro de que torturando hombres culpables podrían salvarse vidas inocentes, lo favorecería. No lo estoy, luego me opongo a la tortura»⁶². Después aclarará que no se opondría a la tortura de un terrorista que no quiere dar información sobre un atentado inminente, caso en el que la aprobaría para salvar vidas inocentes. De modo semejante a como ha querido arriesgarse a la pena de muerte quien comete un asesinato, el terrorista «se ha presentado voluntario: él podría hablar sin tortura, si quisiera»⁶³. Estos casos serían excepcionales. Poco después declara que «para fines punitivos no pienso que la tortura aumente el efecto disuasorio de la muerte, por eso me opongo a ella»⁶⁴.

(particularly to innocents) and the probable inequities»: *On Deterrence and the Death Penalty*, p. 142.

⁶² «If I were convinced that innocent lives could be saved by torturing guilty men, I should favor torture. I am not. Therefore I oppose torture»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 76.

⁶³ «And, again, he volunteers: He could tell without torture if he so wanted. If he has to be motivated by torture, so be it. But such cases are exceptional»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 76.

⁶⁴ «For punitive purposes, I do not think that torture increases the deterrent effect of death, wherefore I oppose it»: *Ibidem*.

Conrad juzga contrario al sentido común el pensar que la tortura no añade nada al efecto disuasorio a la pena de muerte⁶⁵. Por otra parte, señala que debe haber un límite en las medidas que se toman para disuadir del delito. Considera que, cuando se permite al estado ejecutar a un hombre, se ha abierto camino a los castigos más repulsivos⁶⁶.

10. El método estadístico de Bedau

De la crítica que hace Bedau a la exposición de Van den Haag sobre la disuasión nos falta comentar el método estadístico, que Bedau reformula deteniéndose a explicar cómo debería definirse el examen del efecto disuasorio adicional. Tras proponer dos definiciones estadísticas de disuasión, una aplicable al individuo⁶⁷, la otra a la población⁶⁸, señala las diferentes variables, subraya la diferencia entre las hipótesis y comenta los presupuestos que hay que admitir y los corolarios que se deben cumplir para considerar confirmada la hipótesis en liza (a saber: que, para el delito

⁶⁵ También Reiman piensa que la postura “de sentido común” de Van den Haag sobre la disuasión podría llevarse más lejos y emplearse para justificar la tortura hasta la muerte, si se demostrase que es más disuasoria que la pena de muerte. Esto es, según Reiman, una reducción al absurdo de la postura de nuestro autor. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 147. Efectivamente, pensamos que Van den Haag es sincero cuando rechaza la tortura como castigo, pero nos resulta difícil reputar que la amenaza de tortura no añadiría efecto disuasorio. Nuestra impresión es que Van den Haag no quiere admitir que su rechazo por la tortura tiene un origen ético.

⁶⁶ «Once we permit the state to kill a man on the gallows, or even by lethal injection on a hospital gurney, the barrier against even more repulsive sanctions has been breached, and arguments must be devised to defeat their introduction»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 239.

⁶⁷ Cfr. BEDAU, H.A., *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, cit, p. 206.

⁶⁸ Cfr. *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, pp. 206-207.

de asesinato, la pena de muerte es más disuasoria que una pena alternativa concreta).

Ahorramos al lector toda la exposición, entre otras cosas, porque Bedau concluye que la hipótesis no ha sido ni desmentida ni confirmada, aunque, según sus parámetros, habría que decir que más bien ha sido “desconfirmada”⁶⁹.

11. La postura de Conrad sobre la disuasión

En otros apartados hemos reflejado parte de la crítica de Conrad a la postura de Van den Haag. A continuación recogemos otros comentarios que consideramos de interés.

Conrad está de acuerdo con Van den Haag en tres puntos relativos a la cuestión de la disuasión: 1) la mera incapacitación de los asesinos no reduce el índice de asesinatos⁷⁰; 2) es difícil probar empíricamente que la pena capital amedrenta a potenciales asesinos⁷¹; 3) la pena de muerte es distinta de otras penas⁷².

⁶⁹ «I conclude that while (2) has been by no means been disproved (whatever that might mean), it is equally clear that (2) has been disconfirmed, rather than confirmed or left untouched by the inductive arguments we have surveyed»: *Ibidem*, p. 213. La hipótesis (2) es que «la pena de muerte disuade más que la cadena perpetua».

⁷⁰ Hay retencionistas que sostienen lo contrario como de sentido común.

⁷¹ Por otra parte, aun admitiendo que la disuasión no requiere necesariamente racionalidad, cuando se quiere comprobar en el hombre con experimentos la efectividad de aquella, surge la dificultad de que las conclusiones de los experimentos éticamente viables son difícilmente trasladables al ámbito delictivo en sentido estricto. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 102-106.

⁷² Cfr. *ibidem*, pp. 70-71.

a) La psicología del delincuente

Los delincuentes son personas con categorías psicológicas tan distintas, según Conrad⁷³, que contra ellos se estrellarían los planteamientos “de sentido común”⁷⁴. Este autor concibe la disuasión como inhibición, pero no entiende cómo esta se relacione con la prevención del delito⁷⁵, si bien considera indudable que el castigo evita delitos⁷⁶. La tesis de que cuanto más severo es el castigo más disuade sería meramente plausible, y la analogía propuesta por Van den Haag rechazable⁷⁷, porque los delincuentes obran siguiendo estímulos e impulsos difícilmente previsibles⁷⁸; más aún los asesinos⁷⁹. Reconoce que las amenazas penales no

⁷³ «To suppose that any scale of penalties, including or excluding the death penalty, will affect his actions is to ignore the nature of the man with whom we have to cope»: *Ibidem*, p. 72.

⁷⁴ «Common sense does not illuminate the dark recesses of abnormal psychology. It has nothing to do with the reasons for committing a criminal act, and probably almost nothing to do with the reasons for committing a criminal act, and probably almost nothing to do with the reasons for abstaining after serious consideration of committing a crime»: *Ibidem*, p. 73.

⁷⁵ «It is an anomaly that social scientists have never been able to show that similar processes are effective in deterring criminals»: *Ibidem*, p. 72.

⁷⁶ «No one can doubt that punishment prevents some crime by intimidating the offender who is punished and by its example to persons who might consider committing a similar offense»: *Ibidem*, p. 83. «I do not doubt that the deterrent actions taken by the criminal justice system have a positive effect in reducing crime rates»: *Ibidem*, p. 86.

⁷⁷ Nuestro autor, comentando que el hombre responde a incentivos y desincentivos, decía que de modo semejante a como una amenaza de 50 latigazos disuade más que una de 5, y una multa de 1000 \$ más que una de 10, una pena más dura disuade más. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 68.

⁷⁸ «Criminals are not economists, and the calculation of risks does not take place in their minds along recognizable rational lines. The homicidal robber is a creature of impulses and drives that are not readily diagrammed on a blackboard»: *Ibidem*, p. 72.

funcionan si no se cumplen con cierta regularidad, y parece culpar de ello al aparato policial⁸⁰. El temor a la muerte de quien espera en la *Death row* no tendría relación con su capacidad de experimentar la disuasión⁸¹.

b) Retribución y disuasión

Conrad es un retribucionista. Sus críticas a la teoría de la disuasión afectan más bien a la versión de corte utilitarista⁸². En el empeño disuasorio, subraya el papel policial frente al propiamente penal⁸³. La razón de que la disuasión no esté funcionando no sería que la pena de muerte esté en desuso, sino que los atracadores, incluso los que matan, no son arrestados rápidamente ni con certeza⁸⁴.

⁷⁹ «I contend that the rational criminal man, if he exists at all, seldom commits murder, and when does, his crime is usually impossible for the police to detect»: *Ibidem*, p. 84.

⁸⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁸¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 72-73.

⁸² Al discutir el efecto disuasorio adicional de la pena de muerte Conrad dice: «even if there were some evidence to that effect, capital punishment is unacceptable as a preventative of murder because in accepting it the legislator has no basis for not using it for other and lesser purposes, or for not using even more grievous forms of punishment in the interest of public safety»: *Ibidem*, p. 75.

⁸³ El papel policial –una detención rápida y eficaz– sería capital en los delitos a mano armada. En Estados Unidos se esclarecen menos de un tercio de los atracos y sólo un 75% de los asesinatos. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 77.

⁸⁴ «Before we blame the prevalence of robbery on the infrequent infliction of capital punishment, we have to find ways to arrest a much higher percentage of robbers»: *Ibidem*.

El de la disuasión -como mucho-, puede ser un fin secundario de las penas⁸⁵. Las dos funciones principales serían: privar al delincuente del beneficio del delito, y “denunciar” o condenar el delito mismo. La primacía de la disuasión supondría, en los esquemas de este autor, un ilícito “uso” del criminal, mientras que el aspecto retributivo responde plenamente al imperativo categórico kantiano⁸⁶. El profesor no parece conocer la teoría de la disuasión de nuestro autor pues da a entender que el psicoanalista consiente al Estado elegir qué fines da a la pena⁸⁷. En definitiva, lo que le interesa a Conrad es afirmar la absoluta primacía del fin retributivo de la pena⁸⁸.

Frente a Van den Haag, Conrad circunscribe el papel disuasorio de las penas a un público más limitado. La razón estribaría en el propio proyecto vital moral que se hace cada individuo⁸⁹; proyecto que para bien y para mal

⁸⁵ «As a retributivist, I make one concession to deterrence, the same concession that I must make to all utilitarian concepts of the criminal justice system. Deterrence is a secondary function of punishment, secondary to an efficient and just administration of retribution»: *Ibidem*, p. 87.

⁸⁶ «And there is the significance of Kant's *merely*. He did not object to the deterrent effect of punishment, so long as it was a secondary effect to the punishment that the state is bound to inflict under the categorical imperative that Kant insisted on»: *Ibidem*, p. 79.

⁸⁷ «He argues that the criminal must submit to whatever social ends the community may require of him because he volunteered for the risk of punishment inflicted for any purpose that the state may choose»: *Ibidem*.

⁸⁸ «Once we allow his punishment to be determined by other considerations -the deterrence of other criminals, or his need for rehabilitation- we allow the state to make decisions with respect to his fate that *merely* manipulate him for ends that are at best speculative»: *Ibidem*, p. 79. Como vemos por estas palabras de Conrad, él es un retribucionista. A simple vista son razonables, pero hay que entenderlas dentro del debate jurídico sobre el fin de la pena. El retribucionismo también puede ser objeto de críticas duras, en las que no podemos entrar ahora.

⁸⁹ «Our resistance to criminal recruitment has much more to do with our commitments to the continuity of our personal identity than to the fear of

compromete al individuo y que se refuerza con los actos personales⁹⁰. Esto explicaría las dificultades de la rehabilitación de los delincuentes habituales⁹¹. Realmente la disuasión ni necesita operar en los que tienen unos firmes valores cívicos⁹², ni consigue afectar a los que han aceptado los valores delictivos como parte de su identidad personal⁹³.

Atendiendo a los diferentes sentidos de "identidad personal", Conrad divide a la "población" de asesinos en tres grupos⁹⁴: violadores, asesinos de la esposa o de su amante, y atracadores. Por razones distintas son grupos que no experimentan la disuasión como sería de desear⁹⁵. No abundamos en la exposición de estos tipos porque el esquema que Conrad tiene en mente es el del "delincuente calculador", y no la teoría de la disuasión de Van den Haag.

Según nos da a entender Conrad el trato que reciben los conductores borrachos muestra a las claras que no es la teoría de la disuasión lo que está detrás del ordenamiento penal. Porque éstos provocan numerosos homicidios y no se plantea la pena de muerte como castigo⁹⁶. Pobreza y culpabilidad

punishment for criminal acts. I think this kind of commitment accounts for the crime-free lives that are led by the overwhelming majority of americans»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 85.

⁹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 84-85.

⁹¹ «Once the picaresque narrative of the career criminal has taken hold of a man's identity, his conception of himself becomes more and more fixed»: *Ibidem*, p. 85.

⁹² Porque ni se plantean la posibilidad más remota de delito.

⁹³ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 86.

⁹⁴ Conrad trabajó en la cárcel de San Quentin. Cfr. *ibidem*, p. 87.

⁹⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 87-89.

⁹⁶ «The second type of deterrable killers are the drunken drivers, responsible, in California at least, for more homicides than all other forms of homicide combined»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 92. Cfr. *ibidem*, pp. 92-93 y 106-109.

Conrad y Van den Haag consideran la pobreza como factor que induce a la delincuencia. El primero advierte las carencias formativas en el entorno familiar⁹⁷, el segundo las achaca a nefastas políticas de ayuda social. Esto afecta especialmente a la población de color.

⁹⁷ «The failure of mothers and fathers to impart the elements and advantages of decent behavior to their children accounts for a great deal of the crime that distresses both my opponent and myself –as well as our readers»: Cfr. *ibidem*, p. 121.

Conrad considera necesario el castigo aunque parezca dudar de la imputabilidad del delito⁹⁸. Van den Haag favorecerá la pena capital mientras la muerte de asesinos pueda evitar asesinatos: mientras que la vida de los inocentes es valiosa, el asesino ha enajenado la suya cuando se la ha quitado a otro⁹⁹.

⁹⁸ «Are criminals to blame? We have no choice but to act as though they were. A retributivist such as I must uphold the law by requiring that the criminals be punished according to their just desert»: *Ibidem*, p. 125.

⁹⁹ «...I shall favor the death penalty as long as there is even a slight chance... as long as there is any chance that by executions we can deter some future murders of future victims. The life of these victims is valuable to me, whereas, in my eyes, the murderer has forfeited his life by taking that of another»: *Ibidem*, p. 129.

CAPÍTULO VI. PENA DE MUERTE, RETRIBUCIÓN Y RETRIBUCIONISMO

A. La pena de muerte como retribución

1. *Introducción*

Vimos brevemente que para Van den Haag la retribución –al igual que la disuasión– es un motivo que justifica adecuadamente la pena de muerte: si el crimen es suficientemente grave, es razonable que se castigue con la pena capital. Lo considera así en el caso del asesinato, porque nadie tiene derecho a matar a una persona inocente. Esta regla sólo se puede consolidar dejando claro que el mismo asesino perderá su vida¹. También hemos visto que es precisamente este modo de concebir la disuasión, lo que lleva a Van den Haag a circunscribir al asesinato el uso de la pena capital. Si fuera por motivos de justicia –y atendiendo a cómo se han valorado determinados bienes en la sociedad–, habría más delitos que la merecerían. De hecho, en el pasado se ha aplicado la pena capital a otros delitos.

Acabamos de exponer brevemente la doctrina positiva de Van den Haag sobre la cuestión. Gracias al debate con Conrad sabemos más sobre su postura: particularmente, sus consideraciones sobre la coherencia del

¹ «When the crime is grave enough, I believe that for those guilty of it the death penalty is justified. I believe so precisely because I think that nobody has the right to kill an innocent person, i.e., to murder. This rule can be enforced only, in my view, by making it clear that the murderer himself will forfeit his life»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 191.

retribucionismo con el apoyo a la pena de muerte. Constituyen una respuesta a Conrad, que sostiene la compatibilidad de ser abolicionista y retribucionista.

2. *El justo castigo*

Ante el reproche que le dirige Conrad de pensar que matar a un asesino culpable es menos injusto que matar a una víctima inocente, responde que no sólo considera que sea menos malo, sino que es bueno, y es una tarea moral². Hay una diferencia entre inocente y culpable, con importantes implicaciones para el castigo. Lo ilustra señalando que sería injusto encarcelar a un inocente, pero sería justo encarcelar a una persona culpable. Van den Haag rechaza el relativismo de quien, de una manera u otra, procura enturbiar la diferencia entre inocencia y culpabilidad³.

3. *Las religiones y la pena de muerte*

Muy relacionada con la cuestión del aspecto retributivo de la pena de muerte estaría su fundamentación en el “terreno” religioso. Conrad sostiene que la pena de muerte siempre fue antinatural: en los tiempos bíblicos, en la antigua Atenas, en la Roma antigua, y lo es hoy: «matar a otro ser humano es un acto antinatural, prohibido en los libros sagrados de

² «Professor Conrad calls me an “ethical relativist” because I hold that “to kill a guilty murderer is less wrong than to kill an innocent victim.” I hold it not only to be less wrong but to be right and a moral duty. In this I agree with the philosopher Immanuel Kant. He is not usually called a relativist; nor am I»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 190.

³ «If paying heed to the difference between innocence and guilt makes me a relativist, I am. But I must say that is a rather peculiar use of the term. Usually *relativist* is a term applied to those who blur the distinction between guilt and innocence, as Professor Conrad attempts to do, not to those who stress it, as I do»: *Ibidem*, pp. 190-191.

la mayoría de las religiones y justificado sólo por “proezas” de casuística ética y teológica, llevadas a cabo a lo largo de los siglos. Las aprobaciones tradicionales no adecentan una práctica sangrienta y degradante»⁴. El contrincante de Van den Haag se ve obligado a admitir que en el Antiguo Testamento se prescriben toda suerte de castigos sangrientos, ninguno de los cuales admitiríamos hoy, salvo la pena de muerte para los asesinos, pero afirma que incluso matar a asesinos es malo, sin que importe lo que los autores del Levítico y del Deuteronomio puedan concebir como necesario para su época⁵. En este sentido –dice– se comprendería la interpretación literal que los juristas musulmanes hacen del Corán (para evitar tanto como sea posible la pena de muerte), así como que en el Talmud haya innumerables modos para eludir las prescripciones del Antiguo Testamento⁶.

Van den Haag, por el contrario, señala que los libros sagrados de la mayoría de las religiones, lejos de prohibir la pena de muerte, animan a su aplicación, y que la Biblia lo hace repetidamente. Los “libros sagrados” prohíben sólo matar al ser humano inocente, no castigar con la muerte a quien ha matado a un inocente⁷. Aunque, según Conrad, la diferencia entre inocencia y culpabilidad no sea tan importante que justifique este castigo,

⁴ «To kill another human being is an unnatural act, prohibited in the sacred books of most religions and justified by feats of ethical and theological casuistry throughout the ages. That tradition sanctions capital punishment does not clean up a bloody and demeaning practice»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 196.

⁵ «I say now that killing even murderers is wrong, whatever the authors of Leviticus and Deuteronomy may have thought necessary for their times»: *Ibidem*, p. 199.

⁶ Cfr. *ibidem*, p. 199.

⁷ «I must repeat that, Conrad notwithstanding, “the sacred books of most religions,” far from prohibiting the death penalty, encourage it. The Bible repeatedly prescribes it. The “sacred books” prohibit only killing an innocent human being –not punishing, by death, a person for doing so»: *Ibidem*, p. 198.

para Van den Haag es tan importante como la diferencia entre vida y muerte⁸.

B. Van den Haag contra la postura de Conrad⁹

Como hemos tenido ocasión de comprobar, Van den Haag no ve una oposición entre los fines retributivo y disuasorio de la pena, porque se sitúan en planos distintos: el primero en el de la justicia, el segundo en el de la eficacia en la prevención. En la obra *The Death Penalty. A Debate* mantiene un debate con Conrad, en el que éste sostiene que no puede dejarse fuera de la discusión sobre la pena capital el argumento retribucionista¹⁰.

Van den Haag rechaza que pueda considerarse la postura retribucionista como una teoría en sentido científico porque ni puede explicar cómo son las cosas (por ejemplo, cuál es la pena justa) ni permite predecir de modo que luego se pueda “chequear” la teoría con comprobación experimental¹¹. En contraste, la teoría de la intimidación sí sería una verdadera teoría¹².

Nuestro autor señalará la compatibilidad de retribución e intimidación. Después criticará algunos de los “postulados” retribucionistas o la

⁸ «The difference between innocence and guilt is not important, or not important enough, for Professor Conrad to justify this punishment. To me it is as important as the difference between life and death»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 198.

⁹ En las páginas siguientes reproducimos parcialmente el debate entre Ernest van den Haag y John P. Conrad, sobre retribucionismo y pena de muerte, siguiendo el hilo del primer capítulo de *The Death Penalty. A Debate*.

¹⁰ *The Death Penalty. A Debate*, p. 22.

¹¹ Cfr. *ibidem*, p. 27.

¹² Cfr. *ibidem*, p. 29.

incompatibilidad de la postura de Conrad con aquéllos, por ejemplo cuando -siendo retribucionista- sostiene que la pena es un mal.

1. Compatibilidad de retribución e intimidación

Ya hemos expuesto el pensamiento de nuestro autor en este punto. Nos limitamos a recordar tres de las ideas principales: aunque fuera inútil (que no lo es) satisfacer el sentimiento retribucionista, si la ley no castigase a los criminales, querrían hacerlo las víctimas¹³; cuando se permite que se violen impunemente las leyes, se burla la “auto-restricción” de los no-criminales¹⁴; no es difícil de explicar el deseo universal de retribución, aunque, al revés de lo que dice Conrad, el retribucionismo nos dice por qué castigamos, no por qué debemos castigar. No proporciona el argumento moral que pretende ofrecer. El retribucionismo dice poco de las penas que se deben aplicar y nada sobre imponer o no la pena de muerte¹⁵.

A esta “infravaloración” del planteamiento retribucionista Conrad responde señalando a Van den Haag el fracaso de los objetivos utilitaristas: no se ha experimentado la reducción en la delincuencia que cabría esperar. Este autor se muestra escéptico ante las posibilidades del sistema de justicia penal. Más que la aparente ineficacia del sistema, lo que le resulta difícil de tolerar es que no se repudie el crimen: cuando el delito no se castiga convenientemente, parece que se condona¹⁶.

¹³ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 29.

¹⁴ El criminal se salta las reglas y juega con ventaja. A través del castigo el no-criminal ve que la ventaja vuelve al que cumple las reglas. Cfr. *ibidem*, p. 30.

¹⁵ Van den Haag considera que las cuestiones de justicia se mueven en la “esfera” de los sentimientos. Esto no les quita importancia, pero dificulta su estudio científico.

¹⁶ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 41.

2. *La dimensión educativa de la pena de muerte*

Ya vimos que nuestro autor considera que las penas tienen un aspecto educativo. Conrad piensa las cosas de otro modo. Van den Haag ve la existencia de penas como un aspecto importante en la formación de la conciencia. Concretamente, por lo que se refiere al asesinato, sostiene con Sir James Fitzjames Stephen que: "Probablemente algunos hombres se abstienen de matar porque temen que si cometen asesinato pueden ser ahorcados. Cientos de miles se abstienen del asesinato porque lo ven con horror. Un motivo importante por el que lo ven con horror es que los asesinos son ahorcados"¹⁷.

Nos permitimos aquí una breve digresión. El psicoanalista concibe un origen de la moralidad en el que ésta es una respuesta a una ley o costumbre externa. Éste es el tipo de conexión que encuentra entre la ley positiva y la formación del sentimiento -y de la ley- moral¹⁸. Esta conexión se daría en dos "niveles". Para el primero podríamos hablar de un origen histórico (o prehistórico): lo que acabó concibiéndose como "ley natural" podría no ser más que la costumbre que se remontaba a tiempo inmemorial¹⁹. En el segundo nivel -"actual"-, la conexión entre ley y moralidad procede -al menos en parte- del temor al castigo que la autoridad civil puede procurar. Van den Haag sostiene que parte importante en el rechazo moral que el hombre siente ante el asesinato procede de que se ha castigado desde siempre. El castigo ayuda mucho a que algo que es malo en sí mismo se vea efectivamente como malo. Es

¹⁷ *The Death Penalty. A Debate*, p. 30.

¹⁸ Aquí empleamos el término sintiendo procurando reflejar la mente del autor sobre la moralidad.

¹⁹ Precisamente por remontarse a tiempo inmemorial, se consideraba -impropiamente- como natural. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *Against Natural Rights*, en "Policy Review" 23 (winter 1983), p. 143.

ingenuo pensar que la conciencia se desarrollaría sin la ley positiva. A nuestro autor le parece dudoso que pueda existir una sin la otra²⁰.

3. El postulado retribucionista de la simetría

Conrad afirma que la solidaridad social –la cohesión social- se basa en una cierta “simetría” entre premios y castigos. A Van den Haag el contenido de esta intuición le parece algo vago, por no decir inviable. Al menos, no le parece necesario para la subsistencia de una sociedad que en ella se perciba la existencia de esa simetría²¹. Es verdad que se puede encontrar cierto apoyo a esta idea en algunas religiones, pero éstas afirman que esa simetría se dará en el más allá. Ciertamente existe un sentimiento de justicia social, pero su contenido es muy elástico²².

Para Conrad –como para el sociólogo Emile Durkheim-, la solidaridad de la sociedad requiere que sean repudiados los actos criminales, pero no sólo con el veredicto de culpable: el veredicto debe acompañarse de consecuencias punitivas: de otro modo se estaría condonando el acto criminal y se atacaría esa solidaridad, cosa que sucede cuando el volumen de crímenes supera la capacidad del sistema de justicia penal. La “primera prioridad” de la justicia –sostiene Conrad- es esa condena práctica de los actos de naturaleza delictiva. No le importa conceder que una ley penal que intimida está denunciando el delito que pretende evitar²³. En su defensa de *la simetría entre recompensas y castigos*, se referirá a una «simetría

²⁰ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 30-31

²¹ Basta pensar –comenta- en la sociedad de castas hindú.

²² Comenta que también los nazis pensaban que el nazismo era justo. Alguna solidaridad había incluso en la Alemania nazi. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 31.

²³ «I will readily grant that if the criminal law deters, it will certainly denounce in the same breath»: *Ibidem*, p. 37.

aproximada», necesaria para la estabilidad social²⁴. Conrad reafirma la necesidad de la retribución, más allá de que ésta constituya una reivindicación social²⁵.

4. *La pena considerada como un mal*

Van den Haag considerará incoherente con la postura retribucionista la afirmación de Conrad de que la pena es un mal²⁶. Nuestro autor subraya la licitud de aplicar el castigo a quien lo merece: se castiga a los niños o a cualquiera que se juzga culpable de haber hecho el mal. No conoce ninguna doctrina religiosa ni moral opuesta al castigo de criminales, y además piensa que -de existir- no sólo sería una doctrina injusta e inmoral, sino también contraproducente²⁷. No hay justificación que haga de la aplicación de penas algo benigno, sostiene Conrad²⁸. Van den Haag desautoriza esa

²⁴ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 39.

²⁵ «Retribution is not merely what the people want –and want in every known society- but it is an essential support to the values of any society»: *Ibidem*, p. 37.

²⁶ «Because of my sense of the importance of a rational and just sentencing system, I am an unabashed retributivist»: CONRAD, J. P., *The Death Penalty, A Debate*, p. 18. «As a retributivist, I view punishment as the proper immediate consequence of the criminal act, a stage in the criminal justice process that winds its way from the crime itself through apprehension, arrest, arraignment, prosecution, conviction, and sentencing»: *Ibidem*, p. 19. Es más frecuente la consideración de la pena como un mal entre los utilitaristas. Por eso a Van den Haag le parece incoherente la postura de Conrad. Entre otras cosas, éste comentaba que el sistema penal es la única de las instituciones sociales que exige que se violen las normas.

²⁷ Conrad parece tener una idea de la pena como excepción a la ley moral. Problema parecido se planteó cuando Vitoria decía que no cabía ver los mandatos divinos de ejecutar a los culpables como excepciones al “no matarás” (como vimos al exponer la argumentación de Niceto Blázquez).

²⁸ Además afirma que sobre esto hay consenso.

afirmación²⁹. Los efectos sociales del castigo son benignos, útiles y saludables para la sociedad, como lo puede ser una cirugía dolorosa, aunque aquí el beneficio no vaya, al menos principalmente, al paciente mismo. En el fondo, las consecuencias del castigo son benignas tanto para los niños como para los adultos. En apoyo de la bondad de las penas cabe considerar el hecho de que la religión enseña a la vez que Dios es benevolente y que es remunerador³⁰.

Mientras que los utilitaristas piensan que la pena es un mal que se debe imponer en atención a un bien que se debe conseguir, para los retribucionistas el castigo es un bien en sí mismo³¹: consideran que debe aplicarse en atención tanto al criminal como a la sociedad. Conrad es incoherente porque, por un lado, aprueba el castigo como merecido por el culpable y, por otro, lo deplora como maligno³² o, incluso, como inmoral³³.

²⁹ Hay penalistas que piensan en esto como Conrad. En el caso de Enrique Cury se entiende, porque defiende una teoría de la prevención general, que sería el equivalente –en el derecho continental europeo– de una teoría de la disuasión. En un retribucionista se entienden menos este tipo de afirmaciones.

³⁰ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 31-32.

³¹ Conrad dice que el castigo es bueno porque estamos convencidos de que no hay otro camino para asegurar que el error está claramente delimitado. Según afirmaba H. L. A. Hart: el castigo penal difiere la acción hasta que el mal está hecho. Primero anuncia el castigo que tendrá la acción que se desvíe de la acción estándar (criminal), haciendo que sea “menos elegible” y dejando que el individuo elija. Es un método de control social que maximiza la libertad individual dentro de la red coercitiva de la ley. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 21.

³² «All the doctrines of religion and morality are clear that human beings must not harm one another, nor should they do to others what they would not have others to do them. Alone among our social institutions, the criminal justice system requires that these fundamental dictates be violated. No amount of rationalization of motives or appeal to noble objectives or repugnance for the criminal act can transform the deliberate infliction of harm upon an offender into a benign process»: CONRAD, J.P., *The Death Penalty. A Debate*, p. 19.

Por último, Van den Haag critica también a Conrad porque da a entender que el logro de los objetivos utilitaristas haría correcto el retribucionismo³⁴.

Nos parece que Conrad defiende con dificultad su planteamiento de que la pena es un mal. En el fondo no ve cómo compatibilizar el castigo con la regla *no hagas al otro lo que no quieres que te hagan a ti* -formulación de la

³³ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 32. Nuestro autor en su respuesta a Conrad también hace referencia a Kant, que omito, sobre la afirmación de que la sociedad tiene la obligación moral de castigar y que castigar es tratar al criminal como ser humano porque es tratarlo como ser con responsabilidad. También se entretiene en discutir que la postura retribucionista del Arzobispo de Canterbury, William Temple (defendida por Conrad) sea mejor que la de Kant. Cfr. también en *The Ultimate Punishment: a Defense*. Algunas de las afirmaciones de Temple, recogidas por Conrad son: 1) que el primer deber moral de la comunidad o de la sociedad es reafirmar contra el delincuente la ley moral violada, 2) que la aprobación moral que se da a un castigo -cuando se distingue cuidadosamente de la satisfacción de venganza- se debe a que la comunidad rechaza el crimen, 3) perdonar puede ser bueno; condonar la pena -que es como algunos entienden el perdón- es siempre malo. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 21.

³⁴ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 32-33. Respecto de las cárceles consideradas como instituciones *penitenciarias* donde el individuo se *rehabilita*, comenta Conrad: «...there is no clear evidence that in two centuries of trying, any society has succeeded in achieving any of the aims that have been expected of the punishments it imposes»: CONRAD, J.P., *The Death Penalty. A Debate*, p. 19. A pesar de la *hostilidad* propia del debate, nos parece que quizá Van den Haag podría estar -al menos parcialmente- de acuerdo con algunas de las afirmaciones de Conrad, como la siguiente: «opposition between the utilitarian and the retributivist is fallacious»: *Ibidem*, p. 20, o también la siguiente: «the contemplation of unpunished crimes is disturbing, especially those crimes in which a victim has suffered death or a grievous injury. It is not possible for me to assert that my own disturbance over the great number of unpunished crimes that occur in this country during these troubled years is occasioned by the reflection that the great utilitarian objectives of intimidation, incapacitation, and reformation are not being attained by the scofflaws who keep out of the reach of criminal justice»: *Ibidem*, p. 22. Continúa Conrad dejando clara su postura retribucionista: «My first reaction to this state of affairs is that society has not succeeded in repudiating the wrongs done by criminals»: *Ibidem*.

regla de oro que, según Conrad, contienen implícitamente las concepciones éticas de todas las religiones-. El perjuicio que supone la pena denuncia la transgresión de la ley. Es un mal necesario para mantener la solidaridad social. Pero ¿cuál es el límite moral del castigo?³⁵.

Kant inauguró la regla de la proporcionalidad y también advirtió que muchos crímenes no admiten la estricta reciprocidad. A diferencia de lo que afirman algunos neokantianos sobre la ley del talión, Conrad sostiene que todo lo que requiere la proporcionalidad es que el asesinato sea castigado con la máxima severidad de la escala de penas³⁶.

Tampoco hay que olvidar que los límites del castigo están condicionados por la tolerancia social del mismo. Conrad sostiene las “leyes” de Durkheim: 1. El número de castigos graves es mayor cuanto menos avanzada es la sociedad. 2. La privación de libertad se está convirtiendo en el tipo normal de represión. Un ejemplo de sociedad menos avanzada sería la Unión Soviética. En la misma línea, Conrad señala que en la Inglaterra de comienzos del XIX había pena de muerte para 208 tipos de delitos. Según Durkheim, esta tendencia evolutiva se debe a que en los conciudadanos surge una cierta simpatía hacia el que sufre el horror que produce la violencia destructiva. Conrad considera una contradicción irremediable vengar la dignidad humana ofendida en el cuerpo del criminal. Este autor duda que en Estados Unidos la gente quiera suavizar las penas. Según él, existe una *contradicción* en la mente de los americanos, porque también tienen una gran vitalidad los movimientos que luchan por la reforma de las prisiones y por la abolición de la pena capital³⁷.

³⁵ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 37-38.

³⁶ «All that proportionality requires is that murder must be punished with the maximum severity on the scale of punishments. Strict adherence to the *lex talionis* was not practical even for the early Romans; it was ridiculed by Hegel»: *Ibidem*, p. 38

³⁷ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 39-40. No sabemos si habría que hablar más bien de conflictos de “valores” en el *ethos* de la sociedad estadounidense: libertad-justicia; igualdad-justicia.

A pesar de que Kant y Hegel afirmaran que el delincuente tiene derecho a la pena³⁸, Conrad considera que ésta sólo es benigna para la sociedad. Concede a nuestro autor que, según la posición retribucionista, hay que admitir esa benignidad. En resumen: la pena es necesariamente contraria a los intereses del delincuente (salvo su derecho a ser castigado), pero es necesariamente benigna para la sociedad³⁹.

5. Ley del talión y pena de muerte

Van den Haag está de acuerdo con Conrad en que la ley del talión no puede aplicarse literalmente. En cierto sentido, para los retribucionistas es una referencia, ya que mira a la proporción entre gravedad del crimen y severidad de la pena; todo esto con bastantes matices, porque no se puede robar al ladrón, violar al que viola ni defraudar al que defrauda. Se puede multar a los que cometen delitos económicos y matar al que mata. Van den Haag sostiene que la cuestión -retributiva o no⁴⁰- de la pena de muerte, aunque encuentre apoyo en la ley del talión, no se fundamenta sobre ella⁴¹.

³⁸ Porque la pena supone tratar al delincuente como agente moral.

³⁹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 40. En la concepción del castigo se ve, de un modo paradigmático a nuestro juicio, cómo resulta difícil trasladar los aspectos más genuinamente *teológicos* de un concepto de la esfera de la fe a la civil. Una concepción cristiana del castigo que puede estar en la línea de corregir al que yerra, y en la que se puede advertir sin duda su función beneficiosa para el que lo sufre -mejor es el castigo que permanecer el error-, difícilmente se traslada al campo penal de modo que se vea como positiva en algún sentido para el individuo la sanción impuesta por el sistema de justicia penal. Ya hemos visto cómo algunos autores constatan el gran índice de fracasos del sistema de justicia penal en su propósito rehabilitador.

⁴⁰ Recordemos que nuestro autor veía en la ley del talión una relación neta con la disuasión.

⁴¹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 33.

6. Expiación y restitución en el sistema de justicia penal

Hay presos que entienden que el delito que han cometido merece la pena de muerte y aceptan este veredicto. Conrad no lo comprende y Van den Haag le critica por esto: de nuevo es incoherente con la postura retribucionista⁴². Según Conrad, el sistema de justicia criminal debe tender a fomentar la expiación y la restitución. Nuestro autor objetará que, aunque la *expiación* sea deseable desde el punto de vista religioso o incluso moral, no parece que sea tarea legal ni se ve cómo pueda el Estado cerciorarse de ella. Por otra parte, la pena de muerte no supone el rechazo de las buenas cualidades que pueda tener el reo. Simplemente se entiende que ante la gravedad de un crimen capital se vuelven irrelevantes⁴³.

En referencia a la *restitución*, comenta que no se debe confundir con el castigo (es compensación): puede compensar a la víctima o a la sociedad por el mal hecho, pero no es castigo desde el punto de vista retribucionista. Por otra parte, un asesino no puede restituir la vida quitada: no son restitución las tareas educativas que un condenado desarrolla con otros reclusos⁴⁴.

Conrad acaba admitiendo que procurar la *expiación* no es tarea que compete a la autoridad legal, porque tampoco tiene el gobierno medios para incentivarla⁴⁵. Personalmente el hecho de confiar en las posibilidades de reforma de los delincuentes le anima a abrigar esperanzas de mejora en la propia conducta. Van den Haag afirmaba que el condenado a muerte en la espera de la ejecución puede reconciliarse con su destino, si no lo puede hacer con la sociedad⁴⁶. Conrad reconoce que es posible esta reconciliación

⁴² Cfr. *ibidem*, p. 34.

⁴³ Cfr. *ibidem*, p. 35.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, p. 35.

⁴⁵ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 42.

⁴⁶ Cfr. *ibidem*, p. 35.

en sentido espiritual, pero se trata de experiencias muy íntimas, que sólo conocen el reo y su director espiritual⁴⁷.

7. El postulado retribucionista de la escala continua de penas

Muchos retribucionistas -Conrad entre ellos- afirman que la escala de penas tiene que ser "continua": la prisión es la pena adecuada y la sociedad está comprometida con esa "continuidad" en la escala de castigos.

Van den Haag considera muy discutibles estos postulados, sobre todo porque es mucho más grave el asesinato que el fraude o el robo con allanamiento de morada. No concibe que el asesinato se trate como una forma agravada de "carterismo". Si otras penas se pueden concebir como retributivas, también la pena de muerte⁴⁸.

Con la pena de muerte se le quita al asesino el derecho a vivir. La ley se lo niega a él porque él lo negó a su víctima. De modo semejante a como niega la libertad a otros criminales. El crimen afecta al disfrute de esos derechos⁴⁹.

Conrad afirma la existencia de un compromiso-obligación sobre el establecimiento de una escala continua de penas en Estados Unidos: la pena de muerte es una excepción sometida a contingencias que la hacen injusta⁵⁰. Una escala de periodos de reclusión que culmine en la cadena perpetua eliminaría esas contingencias, sin disminuir la denuncia del crimen que requiere el retribucionismo⁵¹. Conrad sostiene que la positiva

⁴⁷ Cfr. *ibidem*, p. 42. Traducimos por director espiritual el término *pastoral guide*.

⁴⁸ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 35.

⁴⁹ Cfr. *ibidem*.

⁵⁰ Las contingencias serían la arbitrariedad, los prejuicios, la incompetencia del abogado, etc.

⁵¹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 42.

evolución experimentada por el retribucionismo le permite vindicar la justicia sin cometer en su nombre acciones terribles⁵².

C. El abolicionismo moderado de Jeffrey H. Reiman

Este autor muestra, a nuestro juicio, un punto de vista bastante más equilibrado que otros autores (abolicionistas o retencionistas) involucrados también en el debate sobre la pena de muerte⁵³. No nos podemos permitir una exposición completa de su artículo, pero nos parece interesante señalar, en primer lugar, que constata la dificultad de argumentar contra la pena de muerte tanto al hablar en términos de estricta justicia retributiva, como cuando se aborda la cuestión del efecto disuasorio de la pena de muerte⁵⁴. El profesor se apresta a estudiar la pena de muerte admitiendo de entrada que algunos delitos la merezcan, y también que la pena de muerte puede tener un superior efecto disuasorio⁵⁵.

⁵² «A truly retributivist system of justice needs no executioners. On the contrary, justice is disfigured by the barbarous actions that are committed in its name»: *Ibidem*, p. 43.

⁵³ Cfr. REIMAN, J. H., *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, pp. 115-148.

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 115-119. Reiman recoge algunas citas de *The Death Penalty. A Debate*, tanto de Van den Haag como de Conrad, para ilustrar su planteamiento.

⁵⁵ «If I am correct in believing that the assertions that van den Haag challenges the abolitionist to prove cannot be proven, then the case for the abolition of the death penalty must be made while accepting that some crimes deserve capital punishment, and that evidence that capital punishment was a substantially better deterrent to murder than life imprisonment would justify imposing it»: *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering Van den Haag*, p. 119.

1. *La ley del talión y el retribucionismo proporcional*

En un interesante estudio, Reiman confronta, por un lado, la ley del talión y la regla de oro⁵⁶, y, por otro, la postura de Hegel y la de Kant⁵⁷. Recuerda que el principio retribucionista considera responsable al delincuente⁵⁸, y su responsabilidad confiere la justificación moral del castigo que se le aplica. También afirma que la gravedad de la ofensa debe llevar una gravedad correlativa en la pena⁵⁹.

Reiman concede que ni la justicia de la ley del talión ni la de la postura retribucionista son de suyo evidentes⁶⁰, pero postula la necesidad de compatibilizar todo retribucionismo -incluido el "retribucionismo proporcional"⁶¹- con la ley del talión. Dicha compatibilidad sería necesaria para la validez de cualquier retribucionismo⁶², si bien lo que la ley del

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 121-122. La ley del talión señalaría mediante el castigo la igualdad de ofendido y ofensor; la regla de oro lo haría por medio de la exigencia de tratar al otro como a uno mismo.

⁵⁷ Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, pp. 121-125. Ambos concluyen en el mismo principio retribucionista partiendo de posturas diversas: la igualdad y racionalidad de las personas implica que el delincuente merece el castigo y que su víctima tiene el derecho de imponerle un castigo igual al que él impuso a su víctima. Reiman asumirá como verdadero este postulado durante todo el artículo. El retribucionismo señala la igualdad y la racionalidad de agraviante y agraviado.

⁵⁸ Lo considera un agente moral.

⁵⁹ Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 126.

⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 121.

⁶¹ Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 120. Éstos definen una escala de castigos "proporcionales" a la gravedad del delito, de modo que al delito más grave le corresponda el más grave castigo.

⁶² Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 120.

tali3n indicaría no sería la relaci3n de proporci3n, sino m3s bien el techo l3cito de la pena⁶³.

2. Ley del tali3n y justicia penal

El principio retribucionista conduciría -con los planteamientos de Hegel y de Kant- a la afirmaci3n de un derecho, por parte de la v3ctima, a aplicar el castigo. Seg3n Reiman se trataría de un derecho m3s que de una obligaci3n⁶⁴: establece la justicia de la ley del tali3n, pero -siempre seg3n Reiman- no sealaría hasta qu3 punto la v3ctima o el Estado tendrían que ejercer este derecho y exigir el cumplimiento del derecho que concede la ley misma⁶⁵. Como veremos nuestro autor critica esta interpretaci3n de Reiman.

Aborda Reiman otras cuestiones⁶⁶, para concretar la relaci3n de las dos versiones del retribucionismo citadas -ley del tali3n y retribucionismo proporcional-: la primera establecería el castigo justo s3lo en atenci3n a lo que merece el delincuente; la segunda encuentra el castigo adecuado -que sería el punto donde se aproxima "lo que merece el delincuente" a lo que toleran los "escrúpulos" morales de la sociedad⁶⁷. En definitiva, sería el

⁶³ Cfr. *ibidem*, pp. 128 y 129.

⁶⁴ Cfr. *ibidem*, p. 126.

⁶⁵ «The truth of the retributivist principle establishes the justice of the *lex talionis*, but, since it establishes this as a right of the victim rather than a duty, it does not settle the question of whether or to what extent the victim or the state should exercise this right and exact the *lex talionis*»: *Ibidem*, p. 126.

⁶⁶ La ley del tali3n y la sustituci3n de la justicia privada por la p3blica (Cfr. *ibidem*, p. 127), y el consenso existente sobre la moralidad de no plegarse siempre a las exigencias de la misma (Cfr. *ibidem*).

⁶⁷ «The two versions of retributivism (*lex talionis* and proportional) are related in that the first states what just punishment would be if nothing but the offender's just desert mattered, and the second locates just punishment at the meeting

retribucionismo proporcional lo que explicaría que no siempre demos al delincuente todo el castigo que merece⁶⁸. Así se puede afirmar a la vez que la ley del talión exige quitar la vida al asesino y que perdonársela no es injusto⁶⁹. Lo anterior no obsta para que Reiman considere que se está restando importancia al mal hecho por el asesino cuando se consiente que su cadena perpetua conduzca a una libertad bajo palabra⁷⁰.

3. *Justicia y tolerancia del castigo*

El eje de la argumentación de Reiman contra la pena capital puede parecer la presentación elegante de un argumento *ad hominem*: «cuanto más crudos son los castigos de una sociedad más primitiva es ésta». En esto se basa lo que el profesor considera la argumentación más fuerte contra la pena de muerte⁷¹.

point of the offender's just deserts and the society moral scruples»: *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 129.

⁶⁸ Esta aparente omisión no minaría la creencia de que el delincuente merece que se le aplique la ley del talión. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 130.

⁶⁹ Porque tenemos otros modos de aplicar castigos severos. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 131. En cierto sentido la sociedad renuncia a aplicar "el" castigo justo porque considera que no toda la responsabilidad deba cargarse al delincuente, porque ella misma -cuando no combate claramente la miseria- está facilitando las respuestas inadecuadas de sus ciudadanos

⁷⁰ Aunque esa libertad se conceda después de diez o doce años de prisión. Entendemos que Reiman denuncia implícitamente que muchas veces el "resultado penal" indica que no se cae en la cuenta de la gravedad del mal que supone un asesinato. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, pp. 130-131.

⁷¹ Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, pp. 131-134.

Apoyándose en Durkheim y en Nietzsche, el autor nos transmite –con diversos matices– una primera idea compartida en parte por Van den Haag y Conrad: el progreso en civilización está caracterizado por una menor tolerancia ante el dolor propio y ajeno⁷².

En general –y como consecuencia de las dos leyes de Durkheim⁷³– el avance de la sociedad lleva a castigos más suaves y a reglas menos absolutas⁷⁴. Pero una verdadera justificación de esa reducción en la dureza del castigo requeriría ponderar si lo que se gana en “civilización” compensa los males derivados de dicha reducción. Dicho en pocas palabras: si hoy somos más vulnerables al dolor, mitigar los castigos es un avance, pero no si esto hace nuestras vidas menos seguras o provoca que se castigue con menos justicia⁷⁵. La condición de justicia, tal como lo entiende Reiman, se cumpliría con que el acto se castigue con lo mínimo que merece⁷⁶.

⁷² Al igual que para avanzar en civilización hay que domesticar el entorno, también sería manifestación de ese avance «que cada vez toleramos que se hagan menos cosas horribles a nuestros semejantes». Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 135.

⁷³ La primera afirma que la intensidad del castigo es mayor cuanto menos desarrollada está la sociedad. La segunda señala que la tendencia actual de control social es castigar todo con sentencias de privación de libertad, cuya variación depende de la gravedad del delito. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 136.

⁷⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 136-137. Esta última afirmación se separa del pensamiento de nuestro autor.

⁷⁵ Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, p. 138.

⁷⁶ En apoyo de esto señala que, si no fuera así, tendríamos que violar a los violadores, torturar a los que torturan, etc. A nuestro juicio, esto supone una interpretación un tanto simple del concepto de pena. En cambio, sí nos parece razonable la afirmación que hemos dejado en el cuerpo del artículo. De una opinión semejante es Cury. Éste y otros penalistas parten de la consideración de que el derecho penal supone una irrupción en la esfera de derechos del ciudadano difícil de justificar. Por ello, no es partidario de una excesiva severidad. Aunque Enrique Cury sostiene una teoría unitaria de la pena (esto

Reiman procura redondear su argumento sobre la retribución relacionando la pena de muerte con la tortura, porque ambas compartirían dos hechos: el intenso sufrimiento del condenado y la completa sujeción de un ser humano al poder de otro⁷⁷. En definitiva, lo que sostiene Reiman es que, aunque la condena sea merecida, la actuación del que la tiene que decretar o llevar a cabo revela –porque requiere la ejecución de actos libres⁷⁸- maldad implícita: «revela algo sobre nosotros mismos. No sólo es mala por el dolor que provoca, sino por lo que supone en quien provoca ese mal en un semejante». Esto vale para la tortura y para otros castigos físicos. La reacción del ser humano, que contorsiona su cuerpo ante la tortura y pierde el control sobre él, ilustra esta realidad. El delincuente puede merecerla, pero hay que tener un corazón muy duro para ejecutarla⁷⁹.

No abordamos los argumentos de Reiman relativos a la disuasión porque han sido comentados en los apartados correspondientes, pero nos parece interesante señalar que concluye su artículo dando a entender que lo que revela la vigencia de castigos rigurosos en una sociedad es la existencia de una injusticia social que, por ser grave, requeriría un rigor grande para mantener el orden establecido⁸⁰.

Respecto de otros autores que critican a Van den Haag, la postura de Reiman presenta a nuestro juicio la novedad de admitir que la pena de muerte puede ser justa. No por ello la crítica de nuestro autor será más

es: una teoría que no sostiene que la pena tenga un solo fin), su punto de partida es la teoría de la prevención general.

⁷⁷ Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, pp. 139-140.

⁷⁸ Cfr. *ibidem*, p. 140.

⁷⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 141-142.

⁸⁰ Reiman admite que suavizar los castigos no hace de suyo que la sociedad sea más justa. No obstante, él hace un apelo a emplear otros medios que faciliten a los ciudadanos el comportamiento legal. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, pp. 147-148.

suave. El lector puede adelantar ya la respuesta, lo que nos permite comentar de pasada los argumentos, porque no son nuevos⁸¹.

D. Crítica de Van den Haag a la postura de Reiman

Van den Haag comienza haciendo un resumen de la postura de Reiman: aunque algunos castigos serían justos para el delincuente, no los aplicamos porque tenemos escrúpulos morales. Podemos aplicar castigos más suaves que los que sugiere la ley del talión, pero, para que sean justos, no deben superar el sufrimiento que el delincuente causó a la víctima⁸².

1. La retribución

La primera objeción que nuestro autor señala es la dificultad de medir si el sufrimiento que produce una pena es menor o igual al que el acto delictivo produjo en la víctima (en el fondo es una crítica a la postura retribucionista)⁸³. El problema no es sólo de orden numérico⁸⁴, porque hay delitos que presentan una gran semejanza física con la pena⁸⁵.

⁸¹ Cfr. VAN DEN HAAG, E., *Refuting Reiman and Nathanson*, en "Philosophy & Public Affairs" 14 (Spring 1985) n. 2, pp. 165-176.

⁸² Cfr. *ibidem*, p. 165.

⁸³ Reiman había escrito: «Punishment according to the *lex talionis* cannot heal the injury that the other has suffered at your hands, rather it rectifies the dignity he has suffered, by restoring him to equality with you». Y continuaba: «"Equality of persons" here does not mean equality of concern for their happiness, as it might for a utilitarian. On such a (roughly) utilitarian understanding of equality, imposing suffering on the wrongdoer equivalent to the suffering he has imposed would have little point. Rather, equality of concern for people's happiness would lead us to impose as little suffering on the wrongdoer as was compatible with maintaining the happiness of others»: *Justice, Civilization, and the Death Penalty*, p. 122. En cualquier caso, nos parece útil recordar los

2. *La función de la ley del talión*

Reiman parece pretender que la relación delito-castigo sea principalmente una relación entre el delincuente y su víctima. Esta premisa falsa le lleva a afirmar que la retribución no debería superar el daño hecho a la víctima -idea procedente de la ley del talión-. Pero la ley del talión, al limitar la venganza, lo que pretende es salvaguardar el orden social de una venganza que puede extenderse indefinidamente. En cualquier caso, esto indica que los delitos ya no se van a considerar exclusivamente como un daño al ciudadano particular. La retribución por el sufrimiento provocado en las víctimas individuales, por muy merecida que esté, no es más castigo de lo que lo es la restitución⁸⁶. Cuando alguien sufre un delito, los del entorno se sienten amenazados. El delito daña a la sociedad tanto como a la víctima. Por ello, en la medida de lo posible, la pena debe imponer un sufrimiento superior al que produjo el delito en la víctima⁸⁷: porque debe valorarse el daño social que produce. Además, debe disuadir de futuros actos delictivos. Van den Haag comparte el “escrúpulo moral” contra la tortura, pero otros escrúpulos requerirían una mayor justificación⁸⁸.

esfuerzos que ha hecho Van den Haag por desvincular del utilitarismo la teoría de la disuasión.

⁸⁴ Como cuántos días de cárcel producen un igual sufrimiento a tres días de secuestro.

⁸⁵ El asesinato, la violación, el atraco, etc. Cfr. *Refuting Reiman and Nathanson*, pp. 165-166.

⁸⁶ «Retribution for the suffering of the individual victims, however much deserved, is not punishment any more than restitution is. Punishment must vindicate the disrupted public order, the violated law, must punish for the social harm done»: *Refuting Reiman and Nathanson*, p. 167.

⁸⁷ Cfr. *ibidem*. Cury y otros autores señalan que en una postura retribucionista puede producir perplejidad que la pena “exceda” la igualdad (por ejemplo: una condena por secuestro no se limita a un número de días de presidio igual al periodo que duró el secuestro).

⁸⁸ Cfr. *Refuting Reiman and Nathanson*, p. 167.

3. *Responsabilidad y retribución*

El lector ya conoce la doctrina de nuestro autor sobre la responsabilidad de quienes viven en ambientes deprimidos, etc. En este artículo la aborda de modo semejante⁸⁹. En relación a si la pena de muerte es o no civilizada por la total subyugación de que habla Reiman, comenta que, mientras que la esclavitud suele ser involuntaria, el acto que lleva acarreada la pena de muerte difícilmente lo es. Se podría objetar la falta de responsabilidad de aquéllos que, aquejados de graves enfermedades psíquicas, matan a alguien. Pero, observa Van den Haag, en los casos en que hay duda sobre la capacidad psicológica del individuo, la calificación de asesinato da paso a la de homicidio, que no lleva aparejada la pena de muerte⁹⁰.

4. *La disuasión*

Tampoco comparte los planteamientos de Reiman sobre la disuasión. En concreto, señala que Reiman no demuestra que no sea necesaria una disuasión adicional (respecto de la amenaza de prisión) ni que no se produzca (con la existencia de la pena de muerte). En cualquier caso, Van den Haag valora negativamente la vida de los asesinos, por lo que está más a favor de la “sobre-protección” del inocente que de su contrario⁹¹.

Contesta también al argumento sobre el riesgo de muerte del asesino mientras realiza su “trabajo”: si no lo percibe como tan alto, es porque habitualmente el asesino está al acecho de su víctima⁹². Van den Haag rechaza la tortura no porque no sea merecida o porque no produzca el efecto disuasorio adicional (cosa que, en efecto, duda), sino porque le parece repulsiva. La muerte no es repulsiva, dice, ni lo es la pena de

⁸⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 167-169.

⁹⁰ Cfr. *Refuting Reiman and Nathanson*, pp. 169-170.

⁹¹ Cfr. *ibidem*, p. 170.

⁹² Cfr. *ibidem*, p. 171.

muerte. Quizá la repulsión, señala, no sea suficiente para excluir la tortura⁹³.

5. Teoría de la retribución y teoría de la disuasión

Reiman ha distinguido entre teorías y teorías empíricas (como la de la disuasión). Van den Haag acepta la diferencia. Las segundas tendrían la ventaja, según nuestro autor, de que permiten hacer predicciones. La disuasión no justifica el castigo salvo que uno haya aceptado antes que es moralmente deseable reducir el crimen y que los costes de procurarlo son tolerables⁹⁴. Van den Haag no pretende negar que hay teorías morales que justifican la retribución, pero le parece que dependen más de los sentimientos⁹⁵. Además, las teorías que se basan en la justicia no pretenden predecir los efectos de los diversos castigos y no son capaces de determinar, salvo desde un punto de vista meramente ordinal, cuáles deberían ser los castigos, aunque pueden ayudar a justificar su aplicación⁹⁶.

Van den Haag comenta, frente a Reiman, que autores como Beccaria consideraban más cruel la cadena perpetua que la pena de muerte, y, aunque sea menos temida y menos disuasoria, él también la considera más cruel. Comentaré que tiene sentido ejecutar a un asesino pocos años

⁹³ Cfr. *ibidem*. Van den Haag abordó su planteamiento acerca de la tortura en la introducción de la obra *The Death Penalty. A Debate*. Subtituló la introducción con la frase *Death but Not Torture*. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 13-16.

⁹⁴ «Further, deterrence does not morally justify punishment, unless one has first accepted the moral desirability of reducing crime, and the tolerability of the costs»: *Refuting Reiman and Nathanson*, p. 171.

⁹⁵ «I did not mean to deny that there are moral theories to justify retribution. They strike me as more dependent on feeling than the empirical theories are»: *Ibidem*.

⁹⁶ «More to the point, unlike deterrence theory, justice theories are no meant to predict the effect of various punishments, and are not capable of determining, except ordinally, what these punishments should be, although they can help to justify the distribution of punishments»: *Ibidem*, pp. 170-171.

después de cometer el asesinato porque sigue siendo la misma persona (ha cambiado poco), pero no tiene mucho sentido condenar a una persona si se le arresta treinta años después de cometer el delito, porque su identidad legal no refleja ya identidad con el que fue asesino⁹⁷. Los que merecen la pena de muerte deben ser ejecutados mientras la merecen, y no ser mantenidos en prisión cuando ya no la merecen⁹⁸.

⁹⁷ «However, a person who committed a murder when he was twenty years old and is kept in prison when sixty years old, is no longer the same person who committed the crime for which he is still being punished...; his legal identity no longer reflects reality»: *Refuting Reiman and Nathanson*, p. 172.

⁹⁸ «Those who deserve the death penalty should be executed while they deserve it, not kept in prison when they no longer deserve any punishment»: *Ibidem*, p. 173.

CAPÍTULO VII. DISCUSIÓN DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS CONTRA LA PENA DE MUERTE

A. La pena de muerte como algo ilícito

1. La “santidad de la vida”

Algunos abolicionistas se oponen a la pena de muerte arguyendo que no es compatible con la “santidad de la vida”. El problema de esta tesis es que no se sabe qué significa la palabra “santidad”, una vez que se saca del contexto religioso¹. En el caso que nos ocupa lo único que parece significar es que es malo conducir los asesinos a la muerte, pero no que haya que proteger especialmente la vida de los inocentes. «Castigar es privar a alguien de un bien, infligir un mal en proporción al delito. Si la vida es el más alto de los bienes, la muerte debe ser el mayor de los castigos y, por eso, el apropiado para quienes quitan la vida»².

¹ Nuestro autor critica en nota al pie que sea frecuente encontrar entre los que argumentan así quienes defienden la eutanasia: la vida de los asesinos sería sagrada, pero no la de otros. Posiblemente se refiere a instituciones como la American Civil Liberties Union.

² «To punish is to deprive people of a good, to inflict an evil in proportion to the crime. If life is the highest of goods, death must be the greatest of punishments and, therefore, appropriate for the taking of life»: *Punishing Criminals*, p. 225.

Desde tiempo inmemorial se ha enseñado que la vida de todo hombre debe ser sagrada para cada hombre, y precisamente por esto se ejecutaba a los asesinos. Había conciencia de que no basta proclamar que la vida humana es santa e inviolable, sino que hay que protegerla. Y así se hace cuando se amenaza el asesinato con la pena de muerte: se afirma el derecho inviolable de los inocentes a vivir. De otro modo, esa inviolabilidad no se proclama con credibilidad ni se protege realmente. Ninguna sociedad puede pretender que las vidas de sus miembros están protegidas, si a los que no permiten a los inocentes seguir viviendo se les consiente seguir viviendo, y esto a costa de la comunidad³.

La libertad es sagrada para muchos, y aun así privamos de ella a los delincuentes: no se puede disfrutar de ella incondicionalmente. La vida está aun por encima de la libertad. Para afirmar que la pena de muerte es mala de suyo habría que señalar que excede alguna proporción natural o límite moralmente intraspasable. Teniendo en cuenta que históricamente la pena de muerte ha sido aprobada en prácticamente todas las culturas, habría que recurrir a una fuente religiosa (o revelada de algún modo) más que a una fuente ética natural para sostener que la sociedad -a diferencia del asesino- debe respetar incondicionalmente la vida. Resulta paradójico que muchos no creyentes aboguen tan “religiosamente” por la abolición, pretendiendo imponer este precepto a los creyentes. La pena de muerte ha formado parte

³ «“The life of each man should be sacred to each other man,” the ancients tell us. They unflinchingly executed murderers. They realized it is not enough to proclaim the sacredness and inviolability of human life. It must be secured as well, by threatening with the loss of their own life those who violate what has been proclaimed as inviolable –the right of innocents to live. Else, the inviolability of human life is neither credibly proclaimed nor actually protected. No society can profess that the lives of its members are secure if those who did not allow innocent others to continue living are themselves allowed to continue living –at the expense of the community»: VAN DEN HAAG, E., *In Defense of the Death Penalty: A Legal-Practical-Moral Analysis*, en “Criminal Law Bulletin” (January/February 1978), pp. 66-67. Nos referiremos a este artículo como *In Defense of the Death Penalty*.

de las principales tradiciones religiosas: greco-romana, judía, islámica y cristiana⁴.

Si la vida propia es tan intangible que no hay nada por lo que uno pueda ser llevado a la muerte, cabe preguntarse si hay algo por lo que merezca la pena morir. Porque, si no hay nada por lo que dar la vida, quizá tampoco haya valores morales por los que vivir. Una vida que no puede trascender ¿vale más que otra que sí?⁵ ¿Es la existencia, la vida misma, un valor moral al que nunca se pueda renunciar por nada? No parece que un sistema de valores en el que cualquier vida, comoquiera que se viva, se convierte en el mayor de los bienes dignifique el valor de la vida humana⁶.

«Los abolicionistas se equivocan cuando insisten en que todos tenemos un derecho igualmente inalienable a vivir nuestra vida hasta su fin natural: que si la víctima merece vivir, también el asesino»⁷. Esta postura lleva implícito un igualitarismo inconcebible para nuestro autor, ya que le

⁴ «Unless one resorts to a religiously or, in some other way, revealed source, one cannot show that society, unlike the murderer, must hold life unconditionally inviolate; and the fact that the nonreligious urge it so religiously cannot commend this precept to the believers. The death penalty has been part of all major religious traditions: Graeco-Roman, Judaic, Islamic, and Christian»: *Punishing Criminals*, p. 225.

⁵ Entendemos que esta pregunta se podría formular como sigue: ¿acaso cuando la única existencia que se concibe es la terrena tiene la vida humana una dignidad mayor? La historia de los sistemas políticos ateos mostraría lo contrario.

⁶ «If there is nothing for the sake of which one may be put to death, can there be anything worth dying for? If there is nothing worth dying for, is there any moral value worth living for? Is a life that cannot be transcended by anything beyond itself more valuable than one that can be transcended? Is existence, life, itself a moral value never to be given up for the sake of anything? Does a value system in which any life, however is lived, becomes the highest of goods, enhance the value of human life or cheapen it? I shall content myself here with raising the questions»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 66.

⁷ «Abolitionists are wrong when they insist that we all have an equally inalienable right to live to our natural term that if the victim deserved to live, so does the murderer»: *Ibidem*, p. 67.

resulta evidente que asesino y víctima merecen destinos distintos: el primero no merece vivir. A Van den Haag le agobia saber que hay quienes sostienen que los asesinos tienen tanto derecho a vivir como sus víctimas. ¿Esto lo aplicarían también a Hitler o a Stalin?⁸. También en otras obras trata brevemente este argumento⁹.

Nos parece conveniente comentar que Conrad no emplea el término “santidad de la vida”. No se ve, por tanto, en la necesidad de hacer una réplica al argumento¹⁰.

2. *La pena de muerte como moralmente mala e inhumana*

El punto de partida en la discusión de este argumento sería la consideración de que la pena de muerte es un castigo más riguroso que las alternativas habituales, aunque hay quienes –como Jacques Barzun, y una minoría– consideran más dura la cadena perpetua. Paradójicamente hay tanto quien aboga por la pena de muerte porque la considera más humana que la cadena perpetua como quien la defiende por ser más dura. Algo similar ocurre entre quienes se oponen a ella¹¹.

⁸ «The crime sets victim and murderer apart; if the victim died, the murderer does not deserve to live. The thought that there are some who think that murderers have as much right to live as their victims oppresses me. So does the thought that a Stalin or a Hitler, should have the right to go on living»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 67.

⁹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 262. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *The Death Penalty Once More*, p. 453. En este artículo entrecomilla la expresión “sanctity of life” para referirse a su empleo por parte de los firmantes de la Declaración de Independencia y de la Constitución y mostrar que la pena de muerte no va contra lo que ellos entendían por la santidad de la vida.

¹⁰ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 266.

¹¹ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 207-208. Van den Haag comenta que el profesor Barzun apoya la pena de muerte porque la considera más humana que la prisión.

La mayoría de los abolicionistas consideran demasiado severa la pena de muerte. Nuestro autor hará ver que el frente abolicionista está integrado por personas con planteamientos muy diversos: Los “humanitarios”, que alegan motivos de justicia o humanidad¹²; algunos utilitaristas afirman que la pena de muerte es cruel si no viene exigida por ningún fin útil; otros apelan a sentimientos religiosos, pero con la Sagrada Escritura y las tradiciones religiosas se puede apoyar una cosa o su contraria; a otros les lleva la compasión, que tampoco es unívoca –se puede alguien compadecer del que va a ser ejecutado o de su víctima-; etc.

En cualquier caso, no parece ético bloquear la justicia penal y hacerle prácticamente imposible ejecutar a los condenados. Se obra de un modo irregular cuando se procura cambiar la legislación a través de los tribunales, que no son la vía prevista para ello. Esto con el agravante de que se hace así, precisamente porque saben que su postura se opone a la de la mayoría de los votantes¹³. Los abolicionistas consideran justo este modo de obrar porque piensan que “por malo que sea un crimen, la ejecución deliberada de un condenado indefenso es siempre peor”¹⁴.

Sin embargo no es la mera indefensión la que da la razón de injusticia al “acto violento”, como si la pena tuviese que ser un tipo de combate justo¹⁵. La pena es un castigo: las reglas son otras. Ejecutamos al asesino porque él asesinó a su víctima indefensa. A diferencia de su víctima, el asesino pudo –y no quiso- evitar su acto y sus consecuencias: sabía que su acto podría ser castigado con la ejecución¹⁶.

¹² Sienten que llevar deliberadamente a la muerte es a veces injusto, y que en cualquier caso siempre será moralmente malo e “inhumano”.

¹³ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 208-209.

¹⁴ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 259-260.

¹⁵ «Punishment is not a form of fair combat; it is punishment»: *Ibidem*, p. 260.

¹⁶ Cfr. *ibidem*.

“Matar personas es injusto, y el estado no puede dedicarse a cometer actos injustos”, dicen los abolicionistas. Esto vale realmente para los inocentes. Pero el asesino ha cometido una iniquidad y por ella ha perdido la vida. No basta decir que es injusto matar a los asesinos: hay que decir por qué. A veces, el estado debe matar –sostiene nuestro autor-, y en la guerra lo hace con frecuencia. Si –debido al efecto disuasorio- con la muerte de asesinos culpables se evitasen las muertes de inocentes, no se debe consentir que, por salvar la vida del asesino, haya muertes que se podían haber evitado. Concluye Van den Haag recordando: “que se constituyen gobiernos entre los hombres” para proteger nuestras vidas –no las de los asesinos-¹⁷.

Efectivamente, algunos abolicionistas como Bedau y Conrad consideran moralmente mala la pena de muerte. Cuando rebatía la analogía del condenado a muerte por asesinato con el jugador que ha apostado y ha perdido, Bedau mostraba implícitamente que considera la pena de muerte algo bastante próximo al homicidio deliberado¹⁸. Nos engañaríamos si pensásemos que lo que Bedau condena es la acción “contra la vida”¹⁹. En cambio, Conrad comenta que matar personas es siempre injusto, y el estado no puede dedicarse a (cometer) actos injustos²⁰. Nos parece que se ve en

¹⁷ «It is to secure our lives –not those of murderers- “that governments are instituted among men.”»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 76.

¹⁸ «In none of them do we deliberately cause anything to be killed»: *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, p. 215.

¹⁹ «The death penalty challenges our ethical sensibilities because this mode of punishment involves intentionally and knowingly killing other persons without their *consent* –and doing so, moreover, with some presumption of justification. Surely, if any conduct should provoke ethical reflection, it is the deliberate use of lethal violence against the *unconsenting*»: BEDAU, H. A., *Objections to the Death Penalty from the Moral Point of View*, en “Revue Internationale de Droit Pénal” 58 (1987), p. 557. Los énfasis son nuestros. Con los términos que emplea Bedau no se rechaza la eutanasia voluntaria

²⁰ «Killing people is wrong, and the state may not engage in wrongful acts»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 74.

ciertas dificultades para desautorizar la pena de muerte sin descalificar la legítima defensa o negar la posibilidad de la guerra justa²¹. Da a entender Conrad que lo que marca la diferencia moral es que en la ejecución se mata a sangre fría²². Según Conrad, lo que rechaza el abolicionista es la naturaleza de decisión deliberada que tiene la ejecución, porque considera que matar personas es malo y es inflexible en esto²³. Es más: parece considerar igual de injusto matar al asesino que a la víctima²⁴.

²¹ «Killing people is wrong. Strictly speaking, this mandate must be qualified. No one questions the right of a person to kill in self-defense, and the laws tend to be indulgent in allowing this defense»: *Ibidem*, p. 80.

²² «What I object to, along with other abolitionist, is killing people –even the most odious criminals- in cold blood. The state cannot teach the people that killing people in cold blood is wrong by killing anyone in cold blood»: *Ibidem*, p. 80. Son muchas las cosas que nos gustaría comentar de la postura de Conrad. Parece defender una moral basada meramente en reglas, que a nuestro entender no responde a la realidad moral del comportamiento humano.

²³ «It is worse to kill a defenseless convict, but not because he is defenseless. The deliberate nature of the execution is what the abolitionist rejects. We hold that if killing people is wrong –and as to that we are inflexible- then two wrongs cannot make a right. There is no way of prettying up a killing so that it does anything more than add to the overflowing store of social morbidity»: *The Death Penalty. A Debate*, pp. 264-265. Como telón de fondo, nos parece, está el «escándalo» que produce en la mente moderna el concepto de castigo, que se percibe necesariamente como un mal. A lo más se admite que es un mal necesario. Pero no se ve la posibilidad de trascender el aspecto negativo que tiene la privación de un derecho. De ahí nacen, nos parece, las dificultades para entender y expresar el concepto de pena y su finalidad.

²⁴ «I hold that it is wrong to kill anyone, even Gary Gilmore –a ruthless and irresponsible killer- in cold blood, and I will make no distinction as to who is killed»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 189. «We refer to the criminal as submitting to the “supreme penalty,” or “paying his debt to society,” but in plain words, we have killed him deliberately and aforethought»: *ibidem*, p. 192. «I hold, of course, that killing anyone is wrong, no matter what kind of person he may be. Any other position is surrounded by a moral quagmire»: *Ibidem*, p. 183.

3. *El derecho inalienable a la vida*

Un argumento clásico contra la pena de muerte es la afirmación del derecho inalienable a la vida. Si existe, ¿cuál es su origen: Dios, la naturaleza o la sociedad?²⁵. Cualquiera que sea la autoridad a que se apele, nos encontraremos con un problema de consenso en la interpretación de tal derecho ²⁶.

Ante la afirmación del origen divino se puede objetar, por un lado, que hay mucha gente en la sociedad que no reconoce a Dios como garante de los derechos y, por otro, que las fuentes de la moralidad en que han confiado las personas creyentes señalan la aprobación divina de la pena de muerte, y concretamente contra el asesino, de modo que los creyentes que ahora apoyan la abolición no pueden romper fácilmente con una tradición de dos mil años²⁷.

Desde el punto de vista filosófico, la cuestión de los derechos naturales tiene, por lo menos, tres niveles: la ley natural, el derecho natural y los "derechos naturales". Ya comentamos brevemente la hipótesis sobre el origen de la noción de ley natural que Van den Haag considera más plausible²⁸. La cuestión del derecho natural está relacionada con la de la ley natural, pero a lo largo de la historia se han hecho lecturas muy diversas

²⁵ «The "inalienable" human right to live must come from one of three sources: (a) God, (b) nature, or (c) society»: *Ibidem*, p. 260.

²⁶ Lo que -interpretamos- siempre puede acarrear un problema de tipo "político" si se quiere cambiar el *status quo*.

²⁷ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 260-261. Añade Van den Haag que, como los creyentes abolicionistas no apelan a una revelación específica que condene explícitamente la pena de muerte, no pueden exigir para su postura la adhesión que exige el dogma.

²⁸ Una costumbre que ya en la antigüedad (casi prehistórica) se remontaba a tiempo inmemorial se podía concebir precisamente por eso como ley de la naturaleza. Las únicas leyes de la naturaleza en sentido estricto serían las leyes físico-naturales.

sobre el derecho natural²⁹. Un tercer paso son los derechos naturales. Si el concepto de ley natural parecía obligar al individuo, los “derechos naturales”, en cambio, parecen afirmarse como derechos subjetivos que el Estado está obligado a respetar³⁰.

¿Qué quiere decir exactamente que la naturaleza concede un derecho? ¿Cómo recibe la naturaleza la autoridad de conceder derechos³¹? ¿Por qué lo aceptaríamos? La naturaleza, según nuestro autor, nos señala exclusivamente posibilidades físicas, no morales, y por tanto no sirve para dirimir cuestiones de ética.

Se puede decir que mientras que Jeremy Bentham consideraba que no tenía sentido hablar de derechos naturales inalienables, nuestro autor piensa que no tiene sentido hablar de derechos naturales *simpliciter*³². Aborda la relación de su noción de los derechos naturales con la ética política. Comparte con Conrad que no es tarea del Estado hacer felices a los ciudadanos, cosa que escapa a sus posibilidades. No le parece éticamente útil el recurso a los “derechos naturales” porque la democracia puede funcionar bien sin “derechos naturales” y porque, apelando a ellos, en el pasado se han sostenido formas de gobierno distintas de la democracia.

²⁹ Pensemos en santo Tomás de Aquino, Hugo Grozio o John Locke, nos invita Van den Haag. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 270.

³⁰ Para una visión más completa del pensamiento del autor sobre las cuestiones relativas a la ley natural, el derecho natural y los derechos naturales cfr. VAN DEN HAAG, E., *Against Natural Rights*, pp. 143-175. En cualquier caso, los que hablan de un derecho natural inalienable a la vida, entrarían en conflicto con las diferentes nociones de derecho natural que tuvieron santo Tomás de Aquino, Hugo Grozio o John Locke. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 270

³¹ Nos parece que -aparte de mostrar su escepticismo acerca de la ley natural, etc.- las preguntas de nuestro autor sirven para poner en evidencia las diferencias filosóficas radicales que, indudablemente, existen entre quienes sostienen el argumento, e indican que con expresiones parecidas se afirman cosas diversas tanto en el plano metafísico (la naturaleza), como en el ético y en el jurídico.

³² Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 269. Van den Haag subraya que no hace falta ser utilitarista para rechazar los derechos naturales.

Reflejo de esa inutilidad sería el rechazo de las Naciones Unidas a que algo se proclame como un derecho natural. El hecho es que la democracia se basa en los derechos que la sociedad garantiza a los ciudadanos³³. Aunque Jefferson y otros “creyesen” en los derechos naturales, es irrelevante para la democracia que quienes sostienen la existencia de dichos derechos piensen que éstos vienen de Dios, de la naturaleza o de los hombres. Todo da a entender que más importante que lo que la naturaleza dice es lo que pienses que la naturaleza te dice, de ahí que se pueda rechazar la doctrina nazi con o sin una doctrina de derechos naturales³⁴. «Desgraciadamente, me parece que la historia muestra bien claro que la naturaleza sólo nos dice qué podemos hacer, no qué deberíamos hacer. Es responsabilidad nuestra determinar qué es justo. Yo desearía que la naturaleza hiciera esto por nosotros, pero éste es un deseo que no se cumple»³⁵.

Desde el punto de vista político los derechos no son más que reglas sociales. Los define y protege la sociedad mediante las leyes. Si las personas afirman la existencia de derechos morales o naturales sobre los que no se ha legislado, lo que están reclamando es legislación. Pero -de cara a la vigencia

³³ Incluido el de cambiar pacíficamente de gobierno, comenta nuestro autor.

³⁴ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 269. Van den Haag comenta que la práctica nazi era una “versión biológica” de los derechos naturales, y la de los comunistas una “versión histórica”.

³⁵ «Unfortunately, it seems to me that history shows quite clearly that nature only tells us what we can, not what we should, do. It is our responsibility to determine what is right –I wish nature did it for us, but this wish is clearly unfulfilled»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 269. El de la existencia de un derecho natural es otro de los temas que pueden estar claros para la teología católica acorde con el Magisterio, pero cuya aceptación no puede darse por supuesta en el interlocutor. Entre los no católicos existe una pléyade de concepciones diversas sobre el derecho natural. Y entre los católicos también hay una diversidad mayor de la que puede parecer a simple vista.

de una ley- es muy distinto querer la promulgación de una ley a tenerla ya promulgada³⁶.

Cuando reconocemos el derecho a la vida, lo que indicamos es que a nadie se le permite interferir en el derecho de otro a vivir. Es seguro que, si no se impusiese una regla tan elemental, las sociedades no podrían subsistir. Un derecho así sólo se impone en la sociedad si hay alguien que obligue a su cumplimiento. En ese sentido, es ilustrativo el famoso texto de la Declaración de Independencia: «para asegurar estos derechos se instituyen entre los hombres gobiernos». El gobierno debe proteger el derecho de cada uno a su vida, su libertad, y la búsqueda de la felicidad. Muchos castigos consisten en privar al delincuente de derechos que seguiría disfrutando si se hubiese comportado de otro modo. El que está en la cárcel está privado de libertad. Y si el crimen es lo suficientemente grave el culpable puede ser privado de su derecho a la vida. Los derechos que reconocemos al otro, donde quiera que se apoyen, se pierden si cometemos crímenes. Esto es lo que se indica con el castigo. El grado de la pérdida viene señalado por la ley³⁷. El derecho a vivir no es inalienable porque se pierde si uno asesina a otro³⁸. Esto es compatible con lo que entendía Jefferson por “derechos naturales”³⁹.

Una vez más, nos parece que Conrad se ve en dificultades cuando procura compatibilizar con su propia visión las interpretaciones que se han hecho de las fuentes “doctrinales” de la ética, sea en el ámbito personal o en el político: dará gran importancia a la ley natural y dirá que es cuanto se

³⁶ «Rights are social rules. They are defined and enforced by society through laws. If people claim moral or natural rights that have not been legislated, they make claims for legislation. But to want a law enacted is not the same as having had it enacted»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 261.

³⁷ «The rights that we grant to another, on whatsoever basis, are forfeit if we commit crimes. That is what is meant by punishment. The degree of forfeiture is specified by law»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 261.

³⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 269-270.

³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 270.

necesita para condenar el crimen nazi⁴⁰, pero señalará la existencia de una fractura en la filosofía política -que dificulta que se reconozcan como naturales los derechos naturales a la vida, la libertad, etc.-⁴¹; considera que la Biblia -como la Constitución- contiene un conjunto de principios para nuestra guía, pero no una prescripción de reglas específicas que deban observar los creyentes a lo largo de las épocas⁴²; la regla de oro sería virtualmente un principio religioso universal, a pesar de las dificultades de su cumplimiento, pero históricamente se habría ido trampeado para mantener la pena de muerte⁴³. Resumimos su posición comentando que sostiene que es tan injusto para el gobierno matar como lo es para un criminal malévolo y brutal acortar la vida de una víctima inocente⁴⁴; que

⁴⁰ Cfr. *ibidem*, p. 266.

⁴¹ «Now, here is the most profound cleavage in political philosophy. I believe that any democratic society must be based on a recognition of natural rights to life, liberty, and the *individually chosen* pursuit of happiness»: *Ibidem*, p. 265. Los matices que intercala Conrad en las palabras de la Declaración de Independencia (que hemos señalado en cursiva) son paradigmáticos de la tendencia existente en un sector de la sociedad americana, a relativizar lo que se entiende por derechos naturales: Conrad es más relativista de lo que está dispuesto a reconocer.

⁴² «It seems to me that the Bible, like the Constitution, contains a set of principles for our guidance, not a prescription or specific rules that must be observed by religious people throughout the ages»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 265.

⁴³ «Podemos suponer que los creyentes encontraron modos de reconciliar la pena capital y la regla de oro, en los tiempos en que no había otro modo de enfrentarse a los criminales. Pero insisto en que una reconciliación de este tipo no es aceptable en el siglo XX. Si no tenemos necesidad de matar -y no tenemos ninguna- entonces no debemos matar»: «We may suppose that godly men and women found ways of reconciling capital punishment to the Golden Rule in the days when there was no other way to cope with criminals. I insist that such a reconciliation is not acceptable in the twentieth century. If we have no need to kill -and we have none- then we must not kill»: *Ibidem*, p. 265.

⁴⁴ «It follows that it is wrong to violate the right of another to life. It is just as wrong for the government to kill as it is wrong for a brutal and nasty criminal to cut short the life of an innocent victim»: *Ibidem*, pp. 265-266.

existe un derecho natural a vivir y que el Estado no debe violarlo matando a ningún tipo de ciudadano, con ningún pretexto, porque todos tenemos un derecho a la vida igual e inalienable⁴⁵; y que los derechos naturales son un concepto fundamental para la Constitución de los Estados Unidos⁴⁶.

4. *La regla de oro*

En su réplica a la exposición que había hecho Conrad, nuestro autor afirma que la regla de oro consiste en hacer a los demás lo que uno quiere que le hagan; o en que uno no debe hacer a los otros lo que no quiere que le hagan a él. Lo difícil no es tanto vivir esta regla, como pretender que baste para decidir la moralidad de cuestiones tan diversas como la poligamia, la homosexualidad, el aborto, el aumento de tasas, o si matar al adúltero o al asesino está bien o mal. Pero no ve incompatibilidad entre la regla de oro y la pena capital: «los asesinos deberían ser ejecutados, y si yo soy un asesino, debería ser ejecutado»⁴⁷. Para Van den Haag, en sentido propio, la regla de oro no se ve afectada por las ejecuciones. Lo ilustra así: «Yo no quiero ser matado por otro, luego me siento obligado a no matar a otro. Pero creo que el asesino merece la muerte, de ahí que yo merecería la muerte si cometiese asesinato. (De hecho Kant creía que la regla de oro realmente *exigía* la ejecución de los asesinos)»⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, p. 267.

⁴⁶ Cfr. *ibidem*, p. 271.

⁴⁷ «I see no difficulty in “reconciling” it to capital punishment: Murderers should be executed, and, if I be a murderer, I should be executed»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 269.

⁴⁸ «Properly stated, the Golden Rule is not overridden by executions (nor did I claim it needs to be). I do not wish to be killed by another; therefore, I feel obliged not to kill another. But I do believe that a murderer deserves death; therefore, I would deserve death if I did commit murder. (Imanuel Kant indeed believed that the Golden Rule actually *requires* the execution of murderers.)»: *Ibidem*, p. 271.

Conrad no pretende tanto sostener que la regla de oro sea la única regla ética importante, como que -en lo que atañe a la pena de muerte- sea sencillo concluir que, si yo no quiero que me maten, no debo participar en la muerte de nadie⁴⁹.

B. Significados de la pena de muerte y de su abolición

1. La venganza y la pena de muerte

Van den Haag constata la existencia de una objeción popular de índole moral a la pena de muerte, que consiste en vincularla con un sentimiento de venganza que se considera indigno⁵⁰. Nuestro autor procurará mostrar dos cosas: que la tendencia vindicativa no es mala y que una condena justa no deja de serlo por los sentimientos de quienes la dictan.

En sí, el sentimiento de venganza no es malo. La expresión de *Rm 12, 19* "mía es la venganza" indicaría que es legítima y que Dios parece reservarla para Sí. Por otra parte, en la Sagrada Escritura encontramos imperativos como que "el asesino sea llevado a la muerte" (*Nm 35, 16-18*). Es decir: que si la pena de muerte es legítima, el deseo de venganza no la vuelve ilegítima⁵¹.

⁴⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 270-271. Nos parece que si se sustituye el "yo" por el impersonal "uno", el argumento se transforma en un argumento a favor de la pena de muerte.

⁵⁰ «One popular moral objection to capital punishment is that it gratifies the desire for revenge, regarded as unworthy»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 64.

⁵¹ «The Bible quotes the Lord declaring: "Vengeance is mine" (Romans 12: 19). He thus legitimized vengeance and reserved it to Himself. However, the Bible also enjoins, "the murderer shall surely be put to death" (Numbers 35: 16-18),

Hay una tarea de justicia penal que compete a las autoridades civiles. Aunque la religión afirme que en el más allá se llevará a cabo una justicia perfecta, el Estado debe hacer justicia aquí y ahora. El Estado no puede conformarse con que otro poder se encargue de resolver la justicia penal⁵². En este sentido *Rm 12, 19* ilustra que Dios delega en la autoridad civil parte de la justicia vindicativa que se reserva para Sí: el que gobierna no lleva en vano la espada, porque es ministro de Dios, vengador para llevar a cabo la justicia contra el que hace el mal⁵³. El pasaje sugiere que el ofendido debe delegar en la autoridad el cumplimiento de la venganza y que el de la autoridad judicial es un servicio a Dios⁵⁴.

La venganza puede tener una motivación humana legítima y el daño puede exigir una reparación satisfactoria psicológica y compensatoria, sea para la parte, el grupo o la sociedad ofendida. No es moralmente censurable, pero es conveniente que sea la autoridad la que la lleve a cumplimiento: «cuando está regulada y dirigida por la ley, la venganza es además socialmente útil: la venganza legal fortalece la solidaridad social contra los que violan la ley y es la alternativa frente a la venganza privada de los que se sienten perjudicados»⁵⁵.

recognizing that the death penalty can be warranted –whatever the motive. Religious tradition certainly suggests no less»: *Ibidem*.

⁵² «Since religion expects both justice and vengeance in the world to come, the faithful may dispense with either in this world, and with any particular penalties, although they seldom have. But a secular state must do justice here and now, it cannot assume that another power, elsewhere, will do justice where its courts did not»: *Ibidem*, p. 64. Nota al pie n° 19.

⁵³ Nos parece interesante comentar que puede entenderse de un modo positivo la tendencia vindicativa existente en todo hombre (la tendencia a exigir justicia para sí y para otros). Este concepto, aunque esté relacionado con la venganza, no tiene que quedar cargado por las connotaciones negativas que aquélla tiene en el lenguaje común.

⁵⁴ Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 64. Nota al pie n° 19.

⁵⁵ «I do not see wherein that motive is morally blameworthy. When regulated and directed by law, vengeance also is socially useful: Legal vengeance solidifies

En cualquier caso, no es la mera perspectiva de la ética personal la que juzga la ética de las acciones o de las leyes penales. Las penas se justifican por su objeto y por su efectividad para alcanzarlo, no por los motivos de quienes las apoyaron. La pena capital está justificada si alcanza su objetivo: hacer justicia y disuadir del crimen, con independencia de que satisfagan o no sentimientos de venganza⁵⁶.

En *The Death Penalty. A Debate*, nuestro autor comenta que la retribución (como fin de la pena, entendemos) es difícil de definir. Y todavía es más difícil establecer qué castigo sería justo aplicar según lo justamente merecido, una vez abandonada la ley del talión⁵⁷. La retribución –tal como la entiende Van den Haag– nos habla del sentido de justicia que es indispensable satisfacer si la ley tiene que contar con apoyo social. «En el caso de asesinato no hay mucha duda respecto de la pena que pide nuestro sentido de justicia»⁵⁸. Nuestro autor considera que no se puede exigir el respeto de la vida del asesino⁵⁹.

social solidarity against lawbreakers and is the alternative to the private revenge of those who feel harmed»: *Ibidem*, p. 65.

⁵⁶ «However, vengeance is irrelevant to the death penalty, which must be justified by its purpose, whatever the motive. An action, or rule, or penalty, is neither justified nor discredited by the motive for it. No rule should be discarded or regarded as morally wrong because of the motive of those who support it. Actions, or rules, or penalties, are justified by their intent and by their effectiveness in achieving it, not by the motives of supporters. Capital punishment is warranted if it achieves its purpose: Doing justice and deterring crime, regardless of whether it gratifies vengeful feelings»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 65.

⁵⁷ «Retribution is hard to define. It is harder still to determine the punishment that should be exacted by “just deserts” once the *lex talionis* is abandoned»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 247.

⁵⁸ «In the case of murder, there is not much doubt about the penalty demanded by our sense of justice»: *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. *ibidem*.

Para Van den Haag resulta indiscutible que, históricamente, las principales iglesias cristianas, Católica y protestantes, han apoyado firmemente la pena de muerte, a menudo basándose en numerosos pasajes bíblicos que la piden para el asesinato y, a veces, para transgresiones que hoy consideraríamos de menor importancia⁶⁰. Si se pudiese desacreditar por vengativa la pena de muerte, ¿qué podríamos decir del infierno?⁶¹.

Es claro el sentido de *Rm* 13, 4 a la luz de los capítulos 12 y 13: el soberano -no el individuo que ha sufrido la injuria- ejecutará la ira. La venganza privada -que es inquietante- será institucionalizada y reemplazada por la retribución social. Y esa retribución es aplicada por el soberano. Los Evangelios apoyan la retribución en los pasajes que con frecuencia se utilizan contra ella⁶². La mencionada epístola de San Pablo se entiende mejor si uno distingue entre justicia y clemencia⁶³. La justicia

⁶⁰ «Although trendy churchmen recently have tended to deny it, historically the main Christian churches, Roman Catholic and Protestant, have staunchly supported the death penalty, often on the basis of numerous biblical passages advocating it for murder and sometimes for transgressions that today we regard as minor»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 247.

⁶¹ «According to Christian tradition, the punishments the Lord will inflict upon those whom he does not forgive are far more terrible and lasting than what any vengeful mortal could inflict on another. What could be worse than hell, the punishment inflicted for violating God's law? God recognizes and does not deprecate the desire for vengeance. He tells us to leave the fulfillment of this desire to Him»: *Ibidem*.

⁶² «If we return to earth and read on after Romans 12, we find in the next chapter, 13, what the Apostle Paul actually had in mind. "The Ruler," he says in 13:4, "beareth not the sword in vain: for he is the minister of God, a revenger to execute wrath upon him that doeth evil." The meaning is clear. The Ruler, not the injured individual, should "execute wrath." Disruptive private vengeance should be institutionalized and replaced by social retribution, retribution by the ruler. The Gospels, far from opposing it, support retribution in the very passages so often quoted against it»: *Ibidem*, pp. 247-248.

⁶³ En *The Death Penalty Once More*, p. 452, Van den Haag se extiende un poco en este punto. Comenta que cuando las iglesias participaban en el poder secular,

distribuye castigos (o premios) en relación al mérito. La misericordia se apiada del afligido, el castigado o el miserable, sin mirar a lo que merece. Los Evangelios animan a la misericordia, pero no esperan que ésta reemplace a la justicia, porque ninguna sociedad puede sobrevivir sin ella. Dios se presenta a Sí mismo, sobre todo, como un ser justo: envía a cada uno, según lo merecido, al cielo o al infierno. En definitiva, Él es misericordioso y nos pide que nosotros lo seamos, de manera que amemos al criminal mientras odiamos el delito. El criminal arrepentido puede, de hecho, ser redimido. Pero la Escritura no dice que será redimido en este mundo ni aconseja que abolamos la justicia -incluida la pena de muerte cuando es merecida- por la misericordia⁶⁴.

Van den Haag aborda también el argumento de la venganza en otras publicaciones⁶⁵. Sobre la ley del talión y su papel en la legislación penal en general se puede consultar su artículo *The Lex Talionis Before and After Criminal Law*⁶⁶.

distinguían claramente entre justicia -incluyendo el castigo para quienes lo merecieran como una función del poder secular- y caridad -según la cual deberíamos sentir con los que sufren por cualquier motivo-. Según Van den Haag, actualmente los líderes religiosos de las iglesias parecen confundirlas o combinarlas, para concluir que la pena de muerte, y posiblemente todo castigo, es injusto porque va contra la caridad. Quizá -concluye- el público esté más preparado para reemplazar la justicia por la caridad que los responsables de los gobiernos.

⁶⁴ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 251.

⁶⁵ Cfr., p. ej., *Why Capital Punishment*, pp. 506-507.

⁶⁶ VAN DEN HAAG, *The Lex Talionis Before and After Criminal Law*, en "Criminal Justice Ethics" (winter 1983) 2 y 62. Es frecuente la alusión a la ley del talión en la bibliografía sobre la pena de muerte. Quizá algunos autores den por descontado que -desde una perspectiva cristiana- dicha ley tenga connotaciones exclusivamente negativas. Por ello enumeramos algunas ideas interesantes de este último artículo de Van den Haag: 1) la ley del talión restituye la igualdad del ofendido con quien le ofendió, pero no necesariamente restituye el bien perdido; 2) la ley tenía un aspecto disuasorio que facilitó su aceptación social; 3) cuando se involucra la autoridad la ley va adquiriendo el carácter de derecho a

En su réplica a Van den Haag, Conrad reconoce que la retribución es un medio para satisfacer el deseo de venganza de las víctimas sin los desórdenes que puede producir la venganza personal. Señala que ya ha explicado por qué la retribución no puede ni debe depender de la ley del talión que, según él, Van den Haag parece querer rehabilitar. Respecto de la referencia a la carta a los Romanos, recuerda que en el último epígrafe del capítulo 12 el Apóstol exhorta a no pagar el mal con el mal, sino a devolver el bien por el mal. En cambio, Van den Haag, con su preferencia por la ejecución, se inclina a devolver mal por el mal. Todo lo que reconoce en la enseñanza paulina que nuestro autor comentaba es que un buen cristiano debe someterse a las autoridades y a su poder, porque el poder es decretado por Dios, y que el hombre bueno no tiene nada que temer del

compensación; 4) la ley del talión ponía límite a la venganza o a la compensación exigible por el daño o la pérdida, limitación que era necesaria por amor de la equidad y por necesidad social (si no, se iría elevando el grado de venganza); 5) la costumbre tendió a consolidar las limitaciones; 6) el dañado o sus próximos tenían derecho a desquite o compensación, pero si no había reclamación por su parte no se hacía nada; 7) la ley del talión pretende restaurar el *statu quo* (la igualdad inicial); 8) las dificultades de su aplicación obligaron a la tradición rabínica a detallar puntillosamente las prescripciones; 9) lo único relevante que aporta la ley del talión a la ley penal es que el castigo del delincuente debe ser tal que las víctimas resistan la tentación de la venganza privada (aunque la satisfacción no sea la principal tarea de la ley penal); 10) el modo antiguo de entender la ley del talión fracasó porque el delincuente no tenía con qué pagar la mayor parte de las veces; 11) hoy día no tiene sentido afirmar que se remonta a la ley del talión el “postulado” de que no se puede hacer sufrir al delincuente más de lo que él hizo sufrir a su víctima. El delito tiene una dimensión social y, en atención al daño que recibe la sociedad (la víctima es un testigo), se puede y se debe incluso castigar al delincuente con daños mayores que los que él hizo. Ya no tiene sentido ni la compensación ni la restitución: el castigo retributivo pretende vindicar el orden social y disuadir de su posible violación. Por la dimensión social que hoy tiene la pena, Van den Haag, en contra de lo que piensan otros autores, sostiene que la ley del talión no señala el máximo de la pena, sino el mínimo.

gobernante, pero el hombre malvado debe temer la ira y la espada del soberano⁶⁷.

Comenta que los cristianos modernos no sostienen que el estado tenga derecho a castigar el mal de cualquiera de los modos disponibles a los gobernantes. "Como moralista independiente", Conrad afirma que la pena capital es insensata, innecesaria y una deformación de la justicia penal. Si los teólogos y hombres de fe están de acuerdo con él, Conrad no ve que le están negando con ello a la enseñanza de San Pablo⁶⁸.

2. *El significado simbólico de la abolición*

La gravedad de la pena es una medida del grado en que la sociedad deplora un delito⁶⁹. En cierto sentido, resulta plausible la ley del talión para el asesinato –tanto en su aspecto retributivo como en el disuasorio– porque tradicionalmente era la pena que se le aplicaba. En la lógica del efecto disuasorio tememos la respuesta contundente de la naturaleza ultrajada: que se nos haga lo que hemos hecho nosotros. Pero si la amenaza no se cumple, el efecto disuasorio acaba desvaneciéndose. Sucede lo que con las tradiciones sociales, creencias, costumbres, etc.: las esperanzas y temores pueden permanecer un tiempo después de que desaparezcan las circunstancias que las crearon (y que las justificaban), pero no pueden durar indefinidamente⁷⁰.

Por lo que toca al aspecto retributivo, la abolición de la pena de muerte se percibirá simbólicamente como una pérdida de tesón: la autoridad social

⁶⁷ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 250.

⁶⁸ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 250-251.

⁶⁹ «The degree to which penalties stigmatize crime and criminals as hateful depends not only on the social climate in which punishment takes place but also on the penalties themselves: as these become milder, crimes appear less odious and criminals are less ostracized»: *Punishing Criminals*, pp. 212-213.

⁷⁰ Cfr. *ibidem*, p. 213.

ya no se plantea un juicio irrevocable sobre nada: «ya el asesinato no se ve tan grave como para quitarle la vida al asesino, ya no se ve tan horrendo como para merecer un castigo irrevocable tan temible»⁷¹. Una vez que el asesino no pierde la vida por haber asesinado, el respeto por la vida misma ha disminuido, al igual que el precio de quitarla. La vida se vuelve más “barata” en la medida en que nos volvemos más bondadosos con quienes la quitan disolutamente. Como se nos hace pesada la responsabilidad de condenar a alguien, preferimos eludirla, entre otras cosas porque muchos de nosotros no creen ya en el mal moral, sino sólo en el error o el accidente. Y quien cree que el asesino ha llegado a serlo sólo por error o accidente, y no puede tener culpa, ¿cómo va a ejecutarlo? Pero –reacciona Van den Haag- si la vida debe ser valorada y protegida, debe saberse que quien le quita la vida a otro se juega la propia⁷².

De un modo parecido se expresa nuestro autor en *In Defense of the Death Penalty*. Hay quienes dan un salto argumentativo y, porque les parece que la pena capital no puede rehabilitar las normas violadas –o que no es necesaria para ello-, actúan como si el asesinato tuviera menos importancia o como si fuese más importante la vida del asesino que el respeto a la vida. Pero la realidad es que el grado de rechazo social de los actos malos se expresa a través del grado de castigo con que se amenazan: no tiene sentido afirmar que no hay ningún delito que merezca la pena de muerte⁷³.

⁷¹ «Murder is no longer thought grave enough to take the murderer’s life, no longer horrendous enough to deserve so fearfully irrevocable a punishment»: *Punishing Criminals*, p. 213.

⁷² «Can we sit in judgment and find that anyone is so irremedably wicked that he does not deserve to live? Many of us no longer believe in evil, only in error or accident. How can one execute a murderer if one believes that he became only by error or accident and is not to be blame? Yet if life is to be valued and secured, it must be kown that anyone who takes the life of another forfeits his own»: *Ibidem*, p. 213.

⁷³ «But it is not so. In all societies, the degree of social disapproval of wicked acts is expressed in the degree of punishment threatened. Thus, punishments both proclaim and enforce social values according to the importance given to them.

3. *El significado simbólico de la pena de muerte*

En *The Death Penalty. A Debate* Van den Haag hacía la siguiente consideración. En Estados Unidos hay cada año más de veinte mil asesinatos⁷⁴. Si a pesar de ello se aplica la pena de muerte a muy pocos asesinos⁷⁵, está claro que la importancia de la pena de muerte tanto para los abolicionistas como para los retencionistas es simbólica: sus efectos materiales en lo que refiere a la sociedad son desdeñables. Pero su significado simbólico no⁷⁶. La pena capital es importante como un signo del cual uno puede inferir actitudes sociales. Es un signo que está pensado para expresar esas actitudes, de ahí su importancia⁷⁷.

Evidentemente, abolicionistas y retencionistas perciben significados distintos en este "símbolo". Los primeros lo interpretan como venganza y les parece que transmite la idea de que se puede privar a otro de la vida. La mayoría de los abolicionistas concederían que la autodefensa y la guerra son ocasiones que justifican matar personas. Pero -como las penas no son autodefensa- si el gobierno ejecuta a alguien, está atentando contra la "santidad de la vida", porque nadie es tan malo que pierda su derecho a vivir, y aunque lo fuera, según la fe, ningún tribunal, ningún gobierno,

There is no other way for society to affirm its values. To refuse to punish any crime with death, then, is to avow that the negative weight of a crime can never exceed the positive value of the life of the person who committed it. I find that proposition implausible»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 68.

⁷⁴ Señala Van den Haag que entre los jóvenes negros el asesinato era la causa de muerte más frecuente.

⁷⁵ En la década 1973-1983 hubo menos de cinco ejecuciones al año. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 273.

⁷⁶ Cfr. también *For Capital Punishment*, p. 460.

⁷⁷ «Capital punishment is important as a sign from which one can infer social attitudes and that is meant to express them. Wherefore it is a prominent issue»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 273.

puede decidir que lo merece⁷⁸: no se le ha concedido el derecho a conducir deliberadamente a otros a la muerte. En esto consiste básicamente el sentimiento abolicionista⁷⁹.

El abolicionismo se plantea como una especie dogma laico, pero sin necesidad de pruebas humanas, porque los abolicionistas –sin otro fundamento que un sentimiento– creen que la santidad de la vida –o su dignidad– excluiría la pena de muerte. Van den Haag asocia la pujanza del abolicionismo a la difusión en la sociedad de planteamientos igualitarios de corte radical. Con respecto a la “igualdad”, se ha pasado de un extremo a su contrario: si antes ningún castigo era excesivo para el asesino –porque éste “se había pasado de la raya”–, ahora se ha pasado al extremo contrario –igualmente incomprensible–⁸⁰. Se han eliminado todas las diferencias, especialmente las morales⁸¹.

La posición “retencionista” tiene también un significado simbólico: la defensa de la “santidad de la vida” y de las reglas morales expresadas por

⁷⁸ Nuestro autor señala en nota al pie que algunos abolicionistas –crean o no en Dios– añaden que sólo Dios puede hacer un juicio de condena a muerte. En cualquier caso, la sociedad constitucional estadounidense es una sociedad secular. No por confiar en Dios o en la religión disminuye su obligación de asegurar la vida de sus miembros y de hacer justicia en el ámbito terreno. «Some abolitionists add: “Only God can make that judgement.” Yet many of them do not believe in God. Even if they did, ours is constitutionally a secular society, which cannot rely on God, or religion, to shirk its obligation to secure the life of its members and to do justice by the best secular means available»: VAN DEN HAAG, E., *The Death Penalty. A Debate*, p. 274.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 273-274.

⁸⁰ El preso por asesinato “merece comfort y visitas conyugales”, puntualiza nuestro autor.

⁸¹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 274.

medio de la ley. La pena de muerte para los asesinos es una defensa necesaria contra la profanación de la vida y de la autoridad social⁸².

Los retencionistas consideran que hay acciones que merecen la pena de muerte y que la sociedad –hoy, como en el pasado- tiene autoridad para ejecutar a quienes las cometen. También para ellos es sagrada la vida, y por ello lamentan la existencia de asesinos. Mostrar con contundencia la desaprobación social del asesinato es la vía para desanimar, en la medida de lo posible, a los asesinos. La defensa de la vida humana inocente implica infligir con resolución la pena de muerte a quienes le quitan la vida a los inocentes⁸³.

En cierto sentido, el abolicionismo afirma que las vidas de los inocentes valen lo mismo que las de los culpables. La “fe” abolicionista hace de la existencia –la vida misma- el mayor valor moral, tan elevado que nunca se podría quitar la vida –quizá tampoco abandonar- por respeto de ningún otro valor. Esto resulta algo incoherente porque ni siquiera se justificaría la muerte del culpable para salvar más vidas. A efectos prácticos, la vida más sagrada termina siendo la del asesino. Luego –concluye nuestro autor-, si se toma este “dogma” en serio, todos los demás valores se devalúan⁸⁴.

⁸² De nuevo se plantea preguntas sobre el sentido de la vida: si no hay nada cuyo respeto exija que uno sea empujado a la muerte, ¿hay algo por lo que merezca la pena arriesgar la vida? Si no hay nada por lo que morir, aunque sea involuntariamente, ¿hay algo por lo que merezca la pena vivir? «If there is nothing for the sake of which one may be put to death, can there be anything worth risking one's life for? If there is nothing worth dying for –however involuntarily- is there anything worth living for?»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 275.

⁸³ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁴ «The abolitionist faith seems a rather odd kind of substitute for religion. It makes existence, life itself, the highest moral value, so high that life should never be taken (or given up?) for the sake of any other value. Worse, and somewhat incoherently, life never should be taken even to preserve other, more numerous lives. Even a guilty life should never be taken to preserve more numerous, innocent lives –even if the life of a murderer is sacred, and, oddly enough, more

De este modo, el abolicionismo logra lo contrario de lo que pretende porque la vida -lejos de santificarse- se descaliza. Esto sucede precisamente porque lo que hay detrás de gran parte de las posturas abolicionistas es una concepción de la vida como mera existencia, que no es capaz de trascenderse a sí misma: la vida individual ha perdido valor porque se ha hecho de ella misma el valor supremo⁸⁵.

Esa postura hace incomprensible la de Kant, Hegel y otros filósofos que llegaron a afirmar que el delincuente no sólo tiene la obligación moral de asumir su castigo, sino que tiene el derecho de hacerlo. Puede que nadie desee para sí el castigo, pero, cuando se castiga a un hombre porque es responsable de un mal, implícitamente se está reconociendo con ello la dignidad de su naturaleza racional. Para Kant, negar la ejecución a un asesino implicaba negarle la dignidad humana como persona racional y responsable, y negar la obligación de la sociedad de sostener el orden de la justicia⁸⁶.

Aunque el que comete el delito prefiera no cargar con la responsabilidad, casi todas las sociedades han afirmado el derecho a castigar al delincuente⁸⁷. Salvo por motivos especiales todos -delincuentes o no- somos responsables de nuestros actos. Y si lo que hacemos es legalmente injusto, debemos sufrir penas legales. Van den Haag considera que, en el caso de asesinato, la ejecución parece la única pena adecuada al crimen, tanto por su aspecto retributivo como por el disuasorio. En este sentido, sería consecuente con la sentencia del Supremo en el caso *Weems*,

sacred, in effect, than that of his victims. All values are devaluated if one takes this dogma seriously»: *Ibidem*, p. 276.

⁸⁵ «Surely individual life is cheapened if it becomes itself the highest of values and cannot be dedicated to something beyond it»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 276.

⁸⁶ Cfr. *ibidem*.

⁸⁷ Sólo los anarquistas lo niegan, puntualiza nuestro autor. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 276-277.

según la cual la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito y a las penas impuestas para otros delitos⁸⁸.

Si admitimos que el proceso legal de imposición de penas sustituye la venganza socializándola, sería peligroso que el ciudadano percibiera que no se hace justicia con la suficiente frecuencia o con la necesaria firmeza. Si esto sucediera, el ciudadano podría tender a tomarse la justicia por su mano. No parece que esto vaya a suceder a corto plazo en Estados Unidos (salvo en el submundo criminal), pero ocurrió en el pasado cuando el debido proceso se juzgó insuficiente en el Oeste Americano y se aplicó la "justicia de lynch". Y podría suceder si esa insatisfacción, ya notable, con las indulgentes e inciertas penas que ahora se imponen, se hiciera aún más extensa⁸⁹. Concluye afirmando que «como muestran todas las encuestas, más de dos tercios de la población ve la ejecución como el único castigo justo para el asesinato»⁹⁰.

Por otro lado –sigue Van den Haag–, se sabe que si el castigo se vuelve suave, el crimen prolifera. En Estados Unidos, no hay más que mirar en derredor para comprobarlo⁹¹.

En obras posteriores, Van den Haag tratará brevemente del significado simbólico de la pena de muerte. Así por ejemplo, en *Why Capital*

⁸⁸ Cfr. *ibidem*, p. 277.

⁸⁹ Sobre la *Ley de Lynch* distinguirá Conrad dos lugares y momentos históricos: en California –al comienzo de la fiebre del oro– y en los estados del sur –con un uso discriminatorio que facilitaba la explotación de los negros. En California, efectivamente hubo un periodo breve en el que la justicia penal no estaba bien organizada, que coincidió con la afluencia de numerosos buscadores de oro, muchos de ellos personas sin escrúpulos. La ley de Lynch fue la respuesta al hecho de que muchos asesinos escapaban sin castigo. Este periodo duró poco y se alcanzó pronto una situación normal. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 280-281.

⁹⁰ «As is shown in every poll, more than two-thirds of the population perceive execution as the only punishment sufficient for murder»: *Ibidem*, p. 278.

⁹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 281-282.

Punishment?, comenta que, en los ocho años posteriores al fin de la moratoria, la Corte Suprema de New Jersey había revisado veintisiete casos de pena de muerte y anuló la sentencia en veintiséis de ellos. En cualquier caso, considera interesante que se siga aplicando porque siempre habrá algunos potenciales asesinos que se disuadan, aunque parezca poco probable que acaben siendo ejecutados. Las vidas inocentes que se puedan salvar merecen ese esfuerzo⁹².

Conrad, criticando básicamente la importancia que Van den Haag da al sistema de justicia penal en la educación moral de los individuos, acaba minusvalorando -a nuestro juicio- la importancia que tiene aquél en la configuración ética de la sociedad⁹³. Subrayará la importancia que tiene para la moralidad pública la educación recibida por los individuos en el entorno familiar, en contraposición al modelo explicativo de Van den Haag, en el que habría demasiadas cosas que dependen de que los asesinos mueran en el patíbulo⁹⁴.

Reiman también critica la postura de Van den Haag sobre el significado simbólico de la pena de muerte. El autor postula la posible existencia de un efecto disuasorio adicional educativo asociado a la “no-ejecución”. Ésta supondría enviar la señal de que es tan malo matar gente que ni siquiera cuando es justo hacerlo se le consiente esto al Estado⁹⁵.

⁹² Cfr. *Why Capital Punishment?*, pp. 513-514.

⁹³ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 279. Conrad consideraba absurda la hipótesis de Van den Haag y le hace una contrapropuesta también teórica a la que hizo aquél: si se demostrara que cada ejecución -por el afán de notoriedad de los potenciales asesinos- provoca el asesinato de quinientos inocentes, ¿seguiría apoyando la pena de muerte?

⁹⁴ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 278-279.

⁹⁵ El efecto disuasorio superior de la pena de muerte en unos podría compensarse parcialmente con el que deja de producir en otros. Cfr. *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, pp. 145-146. Reiman admite que esto es muy hipotético, aunque no mucho más, dice, que la postura de Van den Haag.

C. Los casos de aplicación injusta y discriminatoria

1. Los casos de injusta aplicación

Los juicios humanos son falibles, de modo que un inocente puede ser declarado culpable. En el caso de que un inocente fuera condenado a la pena capital, como la ejecución es irrevocable, la demostración de su inocencia podría llegar demasiado tarde. Van den Haag reconoce la importancia de este argumento, pero discute que lo puedan emplear los utilitaristas o los humanitarios⁹⁶. Según él, la argumentación sobre la posible condena a muerte del inocente no tiene mucho sentido si la pena de muerte se rechaza basándose en su insuficiencia disuasoria (como hacen los abolicionistas utilitaristas) o si se rechaza la pena de muerte en todo caso (como hacen los abolicionistas "humanitarios"). Por distintas causas, ambos modos argumentativos afirman que debería evitarse la ejecución, sea culpable el reo o no. Van den Haag da a entender que quien considera que la culpabilidad es irrelevante de cara a un castigo es incoherente cuando alega que se pueden ejecutar inocentes⁹⁷. «Los argumentos sobre una

⁹⁶ «Because of the frailty of human judgment, innocents may be convicted of capital crimes as of other crimes. Since executions cannot be revoked, demonstrations of innocence would come too late. This is factually correct and relevant to retributionist arguments for the death penalty, but not to most utilitarian or humanitarian arguments against it»: *Punishing Criminals*, pp. 218-219.

⁹⁷ «Innocence is irrelevant if the death penalty is rejected on grounds of insufficient deterrence (utilitarians) or of "inhumanity." Either argument asserts that convicts should be spared execution, whether guilty or not. Hence, it does not matter which they are. If the guilt is irrelevant to the penalty, so is the lack of it»: *Ibidem*, p. 219. Van den Haag ha llevado al extremo la argumentación de unos (los abolicionistas utilitaristas) y de otros (los que rechazan la pena de muerte por motivos humanitarios) para dejarlos fuera del "debate" y poder así dialogar más cómodamente con el único interlocutor al que concede el derecho de esgrimir el argumento sobre la posible condena a muerte del inocente (aquél que reconoce que la pena de muerte puede ser justa, pero que ve el peligro de que pueda ser aplicada a un inocente).

injusticia irrevocable sólo tienen peso si la justicia (lo merecido) es relevante para el castigo, si la culpa es una razón necesaria y suficiente para imponerlo. Por tanto, los utilitaristas y humanitarios estrictos no pueden utilizar los errores de justicia como argumento para la abolición de la pena de muerte»⁹⁸.

Acto seguido pasa a abordar el argumento desde la óptica retribucionista, para la cual la justicia es el criterio principal del castigo, o, al menos uno de los más importantes. «Los errores no pueden justificar la abolición de la pena de muerte para los retribucionistas. Muchas políticas sociales tienen efectos no deseados que son estadísticamente ciertos, irrevocables, injustos y mortales». Nuestro autor hace referencia a los accidentes de tráfico, a la cirugía, y otras tareas médicas. Lo mismo sucede con la pena de muerte. «Estas actividades se justifican a pesar de todo, porque se piensa que los beneficios (justicia incluida) superan la certeza estadística de la muerte no intencionada de inocentes»⁹⁹. La injusticia involuntaria sólo justificaría la abolición cuando lo que se pierde debido a esos casos de injusticia fuera más que lo que se gana en el cómputo global.

⁹⁸ «Arguments from likely irrevocable injustice are relevant only if justice (desert) is relevant to punishment, if guilt is a necessary and sufficient reason for imposing it. Strict utilitarians and humanitarians, then, cannot use miscarriages of justice to argue for abolition of the death penalty»: *Punishing Criminals*, p. 219. Cfr. VAN DEN HAAG, E., *In Defense of the Death Penalty: A Legal-Practical-Moral Analysis*, en "Criminal Law Bulletin" (January/February 1978), p. 57.

⁹⁹ «These activities are justified, nevertheless, because benefits (including justice) are felt to outweigh the statistical certainty of unintentionally killing of innocents»: *Punishing Criminals*, p. 219. La certeza de que se producirá la condena a muerte de algún inocente, según Van den Haag, no aboga por la abolición, como no se plantea la eliminación del tráfico rodado –o de la cirugía– por la existencia de accidentes. Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 57. En esta y en obras posteriores nuestro autor mantiene el argumento aunque no aflore de modo tan explícito la oposición entre retribucionismo y utilitarismo.

Pero si con la pena de muerte se evita la muerte de un mayor número de inocentes que con las penas alternativas, el balance neto es positivo¹⁰⁰.

Previamente hemos recogido la argumentación del autor, en términos parecidos, en el epígrafe llamado *el posible castigo del inocente*. Veremos de nuevo la postura del autor sobre este punto en el marco de la constitucionalidad, así como la réplica de Conrad a su postura.

En lo referente a las dimensiones numéricas del problema¹⁰¹, Van den Haag cita brevemente el estudio de Hugo Adam Bedau y Michael Radelet¹⁰². En el periodo 1900-1985 fueron ejecutados más de 7000 condenados en Estados Unidos. De ellos, según estos autores, 23 serían inocentes; pero hubo un artículo de réplica¹⁰³, en el que se afirmaba que

¹⁰⁰ Cfr. *Punishing Criminals*, pp. 219-220. Pueden morir inocentes por error, dice Van den Haag, sea en la ejecución, sea en el quirófano. Pero la cirugía y la pena de muerte salvan muchas vidas. Se hace más justicia –sostiene– con la pena de muerte que sin ella. Siempre será un error lógico –comenta– rechazar una regla por casos individuales. «Las reglas y los resultados que producen deben compararse con las reglas alternativas y los resultados que producen, no con los casos individuales»: *Punishing Criminals*, p. 220. En nota al pie, Van den Haag recoge una cita (del año 1967) de Hugo Adam Bedau –un firme abolicionista– en la que señala que a lo largo del siglo XX sólo ha encontrado ocho casos de ejecución de inocentes (de un total de 7000). Bedau, viendo la escasa proporción con que se producen este tipo de errores, concluye que no constituyen un argumento para abolir la pena de muerte. Desde el punto de vista teórico cabe preguntarse si la argumentación de Van den Haag no tiene aquí un deje de utilitarismo. A nuestro juicio, la piedra de toque para dirimir la cuestión consiste en distinguir la “justificación” de un juicio voluntariamente inicuo –cosa que efectivamente se podría hacer desde categorías utilitaristas–, de la constatación realista de la falibilidad del juicio humano.

¹⁰¹ VAN DEN HAAG, E., *Why Capital Punishment?*, en “Albany Law Review” 54 (1990), p. 512.

¹⁰² Van den Haag nos remite a BEDAU, H.A., RADELET, M., *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, en “Stanford Law Review” 40 (1987), pp. 72-74.

¹⁰³ Nuestro autor nos remite a MARKMAN & CASSELL, *Protecting the Innocent: A Response to the Bedau-Radelet Study*, en “Stanford Law Review” 41 (1988), p. 121.

Bedau y Radelet se equivocaban en la mayoría de los casos. Bedau y Radelet escribieron a su vez una respuesta en la que reconocían: «no hemos probado que los acusados fueran inocentes»¹⁰⁴. Van den Haag no descarta que haya casos de inocentes ejecutados, que no hayan sido descubiertos por Bedau y Radelet. Pero de los que mencionan estos autores estima que en menos de la mitad de los casos el ejecutado sería inocente. De todas formas es necesario dudar de los veredictos de los tribunales para buscar los errores, y habría que dudar de todos los veredictos para detectar todos los errores. Los veintitrés casos en controversia indican que estaríamos hablando de un tres por mil del total, que no es mucho¹⁰⁵. Concluye que le parece inmoral -además de imprudente- dar a entender a los asesinos que haber matado a alguien no supone un obstáculo para la propia supervivencia¹⁰⁶.

2. Los casos de aplicación discriminatoria

a) La discriminación y los asesinos

Este argumento, relacionado con la Decimocuarta Enmienda, será abordado al tratar sobre la cuestión de la constitucionalidad, ya que, entre las críticas que se hacen a la pena de muerte, está la de que a veces se aplica de modo imprevisible, aleatorio o discriminatorio (por ejemplo, contra los asesinos pobres o contra los negros).

Respecto de esta última posibilidad, añadimos ahora a lo que se recogerá más adelante el comentario de nuestro autor sobre unos datos

¹⁰⁴ Van den Haag nos remite a BEDAU, H.A., RADELET, M., *The Myth of Infallibility: A Reply to Markman and Cassell*, en "Stanford Law Review" 41 (1988), pp. 161 y 164.

¹⁰⁵ Como en otras ocasiones, Van den Haag comenta que hay muchas actividades necesarias que producen muertes no deseadas.

¹⁰⁶ Cfr. *Why Capital Punishment?*, p. 512-513.

recabados con ocasión del hallazgo de David Baldus. Baldus había encontrado que –en igualdad de circunstancias– en Georgia los negros que asesinaban blancos tenían más posibilidades de ser ejecutados que los negros que asesinaban a negros. Van den Haag afirma que esa discriminación es injusta. Pero, para hacer justicia a las cifras, comenta que en 1986 el porcentaje de asesinos negros que eran sentenciados a muerte era igual que el de asesinos blancos (2%). Entre los conducidos de hecho a la *Death row*¹⁰⁷, los datos señalaban que de cada mil detenidos por asesinato, en el caso de los negros había doce condenados a muerte y dieciséis en el caso de los blancos. De todos los enviados a la *Death row* entre 1977 y 1989 (3.746) el porcentaje de ejecutados era del 3.2% entre los negros y del 3.3% entre los blancos¹⁰⁸.

b) La discriminación y víctimas

En el fondo del hallazgo de Baldus ¿había una discriminación de los negros que son asesinos o de los negros que son víctimas? En su artículo de respuesta a Nathanson¹⁰⁹, Van den Haag aborda el problema de la discriminación de las víctimas, como clase. Si se presta menos atención a los delincuentes que atentan contra víctimas negras, esto beneficia, estadísticamente, a los asesinos negros, ya que normalmente los asesinos de negros son negros¹¹⁰.

Como la culpa es personal, ni el problema de la discriminación contra las víctimas negras ni el de la discriminación contra los asesinos negros reducen la culpabilidad de los asesinos negros. El delincuente no pasa a tener menos culpa o a ser merecedor de menos castigo por el mero hecho

¹⁰⁷ Se llama *Death row* a la “lista de espera” de los condenados a muerte.

¹⁰⁸ Cfr. *Why Capital Punishment?*, p. 511.

¹⁰⁹ NATHANSON, S., *Does It Matter If the Death Penalty Is Arbitrarily Administered?*, en “*Philosophy & Public Affairs*” 14 (Spring 1985) n. 2, pp. 149-164.

¹¹⁰ VAN DEN HAAG, E., *Refuting Reiman and Nathanson*, p. 173.

de que haya quienes escapan al castigo¹¹¹. No se le hace injusticia si se le castiga, aunque sea injusto que otros escapen. Admite nuestro autor que no siempre se castiga a los que son más culpables. Como la pena de muerte no es obligatoria, para imponerla los tribunales deben encontrar circunstancias agravantes, que están recogidas en la ley. Es el tribunal quien debe juzgar qué circunstancias agravan o no el delito. Van den Haag reconoce que la constatación de esas circunstancias no siempre es de fácil determinación, pero, señala, para eso están los tribunales¹¹².

D. Pena, pasión y crimen

1. *Beccaria, el embrutecimiento y la disuasión comparativa*

Parece ser que el primero que afirmó que la pena de muerte embrutecía a la comunidad fue Cessare Beccaria en *Dei delitti e delle pene*. Este autor sostenía que la pena de muerte no podía ser útil porque constituía para los hombres un ejemplo de barbarie: le parecía absurdo que las leyes que castigan el homicidio lo cometan. El problema del argumento reside en que Beccaria no aporta prueba de cómo la ejecución se transforma en una incitación a la barbarie. Lo mismo sucede con algunos moralistas de diversas corrientes, que subrayan el valor sagrado de la vida humana para afirmar que “castigar el asesinato con la ejecución es una barbaridad” y que la aplicación de ese castigo “embrutece a la comunidad”¹¹³.

Sin embargo es la misma afirmación del valor sagrado de la vida inocente la que lleva a castigar el asesinato con la pena de muerte. Desde la

¹¹¹ Cfr. *Refuting Reiman and Nathanson*, pp. 173-174.

¹¹² Cfr. *ibidem*, pp. 174-176.

¹¹³ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 223.

antigüedad se afirma *homo homini res sacra*, dice Van den Haag, y por esa razón se da muerte al asesino¹¹⁴.

Desde el punto de vista ético, Beccaria se confunde cuando afirma que la ley comete homicidio a través de la pena de muerte (otros autores llegan a hablar de homicidio –o asesinato- legalizado). Beccaria se equivocaba –salvo que su declaración no sea más que un recurso enfático contra algo que desaprueba- porque en el lenguaje común no llamamos secuestro legal al arresto legal. Tampoco en el caso de que sean físicamente idénticos. «La pena se distingue porque tiene sanción social y un fin legítimo. En los casos de crímenes capitales, la ley puede aplicar como castigo al criminal el mismo acto físico que constituyó su delito: le privamos de la vida como él hizo con su víctima. En otros casos le privamos de libertad, o de dinero, como él podía haber hecho a su víctima»¹¹⁵. Continúa Van den Haag, en su crítica a la postura de Beccaria, indicando que si fuese “absurdo” castigar el homicidio con la ejecución –hacerle al delincuente lo que él le ha hecho a su víctima-, sería igualmente absurdo multar a un malversador o encarcelar a un secuestrador. «No es el acto físico, sino su significado social, lo que distingue el robo de los impuestos, el asesinato de la ejecución, un regalo de un robo»¹¹⁶: considerar que un castigo legal puede ser un ejemplo de barbarie depende de cómo se perciba la diferencia moral existente entre crimen y castigo. En general, no se puede decir que dos actos sean moralmente iguales sólo porque sean físicamente iguales. Para afirmar válidamente lo contrario hay que demostrarlo¹¹⁷.

¹¹⁴ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 223.

¹¹⁵ «Punishment differs because it has social sanction and a legitimate purpose. In capital crimes the law may inflict as punishment on the criminal the same physical act that constituted his crime: we deprive him of freedom, or money, as he might have his victim»: *Ibidem*.

¹¹⁶ «Not the physical act but the social meaning of it distinguishes robbery from taxation, murder from execution, a gift from a theft»: *Ibidem*, p. 224.

¹¹⁷ Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 61.

Por otra parte, Beccaria consideraba que tenía más efecto en la mente la continuidad del castigo que la intensidad del dolor. La muerte del criminal sería un espectáculo terrible pero momentáneo, y por tanto menos eficaz como disuasorio para otros. Él proponía, en cambio, la perpetua esclavitud de la cárcel como más eficaz que la pena de muerte, porque hay muchos que pueden afrontar la pena de muerte con intrepidez y firmeza -unos por fanatismo, otros por vanidad, otros por salir pronto de su situación de miseria-, pero la esclavitud con cadenas y grilletes en una jaula de acero, con la desesperación que conlleva, parece más el comienzo que el fin de su miseria¹¹⁸. Van den Haag critica que aquí preste Beccaria tan poca atención al embrutecimiento seguramente inherente a una esclavitud perpetua como la que él propone: parece invitar al lector a hacer un juicio sobre la humanidad del castigo que propone Beccaria. Ya sabemos lo que nuestro autor piensa sobre la disuasión de las penas actuales. Con el tipo de pena que defiende Beccaria no se puede establecer comparación, porque no está realmente disponible la opción que sostuvo el jurista italiano. La triste realidad es que una sentencia de cadena perpetua no significa más que unos años de reclusión. Nada que ver con cadenas y grilletes. Tiene posibilidad incluso de cometer nuevos delitos¹¹⁹. Sentimos -concluye nuestro autor- que cuando capturamos viva a una persona, debemos tratarla humanamente. Seguramente, Beccaria consideraría hoy la pena de muerte como un disuasorio mayor que la pena alternativa actual¹²⁰.

Por no descartar ninguno de los aspectos de la cuestión, Van den Haag admite la posibilidad de que todo lo que muestre violencia -sea delictiva o punitiva- influya de modo negativo en el espectador, de modo que en algún caso pueda sentirse incitado a caer en imitaciones ilícitas. Por ello,

¹¹⁸ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 224.

¹¹⁹ «As a sentence, “life” today means not life but some years of it. And during his imprisonment the convict, far from being kept in fetters, is entertained by TV and social workers and may have sufficient freedom to commit additional crimes»: *Ibidem*.

¹²⁰ Cfr. *ibidem*.

nuestro autor no es partidario de las ejecuciones públicas. La razón no es la ejecución en sí¹²¹.

Conrad comparte la opinión de que es mejor que no se televisen las ejecuciones¹²².

2. Los crímenes de pasión

Según nuestro autor, los abolicionistas sostienen con frecuencia que la mayoría de los crímenes capitales son “actos de pasión” que no pueden constreñirse por la amenaza de la pena de muerte ni merecerían la pena de muerte aun en el caso de que otros crímenes la mereciesen¹²³.

Ya hemos tratado el primer punto en el apartado dedicado a la disuasión, de modo que pasamos al aspecto retributivo. Van den Haag invita a reflexionar sobre si existe una razón importante para considerar más eximente la pasión sexual que la codicia, o si meramente se la

¹²¹ Van den Haag lo ilustra así: ni los argumentos contra la difusión de imágenes de actividad sexual dicen nada contra la actividad sexual en sí, ni los argumentos en contra de las ejecuciones públicas dicen nada en contra de las ejecuciones. Aunque el efecto disuasorio depende de que se sepa que se llevan a cabo, no depende de que sean llevadas a cabo con publicidad: p. ej. la amenaza de cárcel disuade, pero no se muestran imágenes de gente encarcelada. Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, pp. 61-62. En *The Death Penalty. A Debate*, pp. 243-244, nuestro autor expone diversos argumentos para no emitir en televisión las ejecuciones. Aquí reseñamos sólo dos: podría en los jóvenes incitar a la imitación de la violencia (como parece suceder con las escenas violentas que se emiten por televisión); podrían servir las ejecuciones como entretenimiento truculento, como ya sucedió en el pasado, lo que traería más perjuicio que beneficio. Da a entender que tampoco ayudaría a percibir mejor la moralidad de la ejecución, salvo que se hubiese logrado grabar –y se emitiese también– el asesinato que dio lugar a la condena.

¹²² Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 248. No se extiende en el comentario de los otros aspectos.

¹²³ Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 62.

considera más eximente por aspectos que deberían ser jurídicamente irrelevantes. También se pregunta si, en general, sería más excusable la violencia en los conflictos personales que entre quienes no se conocen. Nuestro autor deja en el aire las respuestas a estas preguntas, pero sí señala que los asesinatos que se consideran “crímenes pasionales” -y son declarados como tales- no se castigan en Estados Unidos con la pena de muerte. Por otra parte, desde el punto de vista estadístico, es conveniente caer en la cuenta de que algunos de los casos en que víctima y asesino se conocen no serían “crímenes pasionales” en el sentido clásico¹²⁴.

3. El asesino como perturbado

En uno de los últimos capítulos de *The Death Penalty. A Debate*, Van den Haag comenta que hay quienes consideran que los asesinos son unos perturbados. Si realmente lo son, reconoce, no hay que condenarlos a muerte. Son declarados inocentes, a causa de su enfermedad. Si son condenados a muerte, es porque se consideró que estaban lo suficientemente sanos cuando cometieron el delito y también cuando fueron juzgados¹²⁵.

Pasa a discutir la afirmación de quienes consideran que todo hombre que comete un asesinato debe de ser un perturbado¹²⁶. No abundamos en el tema, porque fue abordado ya.

¹²⁴ P. ej.: “ajustes de cuentas” entre traficantes de droga. Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 62. En *The Death Penalty. A Debate*, p. 253, nuestro autor comenta que algunos de los casos en los que el marido engañado mata a la mujer, a su amante o a ambos, habría que matizar lo del arrebato, porque se dan situaciones de auténtica premeditación, en las que hay hasta la preparación de una trampa para la víctima del asesinato. En esto Conrad está de acuerdo (cfr. p. 256) aunque no por ello deja de atacar la pena de muerte.

¹²⁵ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 259.

¹²⁶ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 260.

Tampoco Conrad se extiende en este punto. Admite que hay asesinos que no deben ser castigados debido a su alto grado de desequilibrio mental, y rechaza que el hecho de haber cometido un asesinato constituya un argumento para decir que el asesino está enfermo. No descarta que haya abolicionistas excéntricos que afirmen lo contrario¹²⁷.

E. Otros argumentos

1. *La pena de muerte es poco útil*

Van den Haag afirma que el juicio sobre la utilidad de la pena de muerte depende de lo que se espera que logre¹²⁸.

Puede disuadir a potenciales asesinos y también tener un valor simbólico: dice a los malhechores que somos serios cuando hablamos de penas. Estos argumentos son de corte utilitarista¹²⁹.

Del lado retribucionista estarían los siguientes: 1) el delincuente sufre el castigo que merece; 2) si los castigos se imponen para proclamar la culpa que la comunidad atribuye a sus crímenes, la pena de muerte expresa la completa desaprobación de la comunidad con la imposición del castigo más extremo¹³⁰.

De los cuatro fines que la pena puede lograr -retribución, rehabilitación, incapacitación y disuasión-, la pena capital cumple tres de modo más

¹²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 264.

¹²⁸ Cfr. *ibidem*, p. 259.

¹²⁹ Cfr. *ibidem*, p. 259.

¹³⁰ Cfr. *ibidem*, p. 259.

completo de lo que lo pueda hacer ningún otro castigo, y hace la rehabilitación irrelevante¹³¹.

Desde su posición abolicionista, el único resultado claro que Conrad percibe en la pena capital es la muerte del condenado. La considera un procedimiento repulsivo, duda de la presunta eficacia disuasoria adicional y afirma que basta la cadena perpetua para satisfacer la justicia retributiva. Para la incapacitación, atendiendo a la experiencia, no es necesaria la pena de muerte: la reincidencia es rara una vez que se abandona la prisión. En general, con la edad, el delincuente se hace menos violento¹³².

2. *La abolición de la pena de muerte en otros países*

En *The Death Penalty. A Debate* (1983) Van den Haag constataba la existencia de una difundida tendencia a la abolición de la pena de muerte en los países occidentales¹³³.

Distinguía por una parte los países de América del Sur. En su opinión, la ausencia de la pena de muerte contribuía a la proliferación de muertes de difícil justificación. Escuadrones de la muerte de guerrillas y de los que se oponen a ellas asesinan –en su terminología “ejecutan”– con gran

¹³¹ «Of the four ends punishment may accomplish –retribution, rehabilitation, incapacitation, and deterrence– capital punishment accomplishes three, more thoroughly than any other punishment can, while making rehabilitation irrelevant»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 259.

¹³² «As to incapacitation, the records are abundantly clear that murderers are the least recidivistic of all classes of offenders released from prison. Incapacitation is not a significant consideration with most murderers. Though some are volatile and dangerous in their youth, the advancing years will extinguish the fires of hostility as they reach middle age»: *Ibidem*, p. 264.

¹³³ Cfr. *ibidem*, p. 262.

desenvoltura a quien está “en el lado equivocado”. «Legalmente no hay pena de muerte, y la vida no es segura»¹³⁴.

Por otra parte en Europa occidental el caso se presentaba de modo diverso. Aunque los grupos terroristas habían asesinado a mucha gente, los gobiernos no imponían la pena de muerte. Comentaba entonces nuestro autor que habían surgido escuadrones de la muerte no gubernamentales y comentaba la existencia de movimientos que querían reintroducir la pena capital¹³⁵.

Van den Haag no veía la necesidad de imitar el ejemplo inglés¹³⁶. Las decisiones de la política interna americana no deberían hacerse en atención a los puntos de vista predominantes en otras naciones, sino en consonancia con los que predominan en Estados Unidos¹³⁷.

Conrad comenta que no hay razón para seguir una tendencia salvo que sea buena¹³⁸. Da a entender que la violencia desatada en algunos de los países latinoamericanos por la guerrilla y la *contra* está más en relación con el descontento generado por las grandes diferencias sociales -y con la influencia de formas violentas del marxismo- que con la abolición de la pena de muerte¹³⁹. Los norteamericanos tendrían que aprender algo de la experiencia de países democráticos como Alemania, Inglaterra o Francia,

¹³⁴ *The Death Penalty. A Debate*, p. 263.

¹³⁵ Cfr. *ibidem*.

¹³⁶ Comenta que Estados Unidos tampoco siguió el ejemplo alemán cuando los alemanes aceptaron someterse al nazismo, ni el ejemplo ruso, cuando Rusia se hizo comunista.

¹³⁷ «American domestic decisions should be made regardless of what other nations do in conformity with our own views, not theirs»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 263. También aborda nuestro autor este argumento en *New Arguments Against Capital Punishment*, en “National Review”, 8-II-1985.

¹³⁸ «There is no reason for Americans to follow any trend unless it is right for Americans»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 267

¹³⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 267-268.

donde ha desaparecido la pena de muerte, porque no parece que los americanos necesiten castigos más duros que los europeos. Da a entender que la figura del verdugo es indispensable sólo en los regímenes dictatoriales, y que en el fondo Van den Haag es un utilitarista. Conrad afirma que prefiere conceder la prioridad absoluta al derecho a la vida, un derecho natural que forma parte de los fundamentos de la vida política americana¹⁴⁰. Conrad intenta mostrar, quizá sin mucho éxito, que apoyar la pena de muerte supone aceptar que es el Estado el que decide -como sostienen los utilitaristas- lo que conviene para la felicidad de los ciudadanos¹⁴¹.

Bedau también procura transmitir la idea de que la pena de muerte es algo estrechamente ligado con los sistemas dictatoriales. Concretamente, afirma que defenderla es abogar por un modo de dirigir el sistema penal que incrementa el poder del Estado para poder quitar la vida humana deliberadamente y, en general, para amenazar al público con quitar la vida¹⁴².

¹⁴⁰ «I prefer the absolute priority that is assigned to the right to life, a natural right that is part of the foundation of our political life»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 268.

¹⁴¹ Cfr. *ibidem*.

¹⁴² «Advocacy of the death penalty is advocacy of a rule of penal law which empowers the state to deliberately take human life and in general to threaten the public with the taking of life»: *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, p. 215.

CAPÍTULO VIII. EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE MUERTE

A. Introducción

Uno de los grandes temas del debate americano sobre la pena de muerte es la compatibilidad de ésta con la Constitución. Se trata de un argumento de indudable interés, porque son objeciones éticas las que subyacen bajo una cuestión aparentemente *técnica*. Sin embargo, el mismo hecho de ser una cuestión tan circunscrita –en principio– a la legislación americana nos anima a reducir esta parte a la exposición positiva de nuestro autor. Al final de este capítulo haremos una exposición muy sintética de las posiciones de Conrad y Nathanson.

El Tribunal Supremo estadounidense decretó una moratoria en las ejecuciones mientras se estudiaba la constitucionalidad de las leyes que contemplaban la pena capital. Esto no fue obstáculo para que muchos –entre ellos nuestro autor– considerasen que su legalidad quedaba clara –aunque implícita– en el texto de la Quinta Enmienda:

«La Quinta Enmienda de la Constitución establece que ninguno será “privado de la vida, la libertad o la propiedad, sin un adecuado proceso legal”, luego implica que en conformidad con un “adecuado proceso legal” podemos privar de la vida a personas. La Octava Enmienda prohíbe el “castigo cruel e inusual”. No parece que con la Octava Enmienda se pretendiese reemplazar a la Quinta, porque se dispusieron simultáneamente en 1791. En cualquier caso la Decimocuarta Enmienda, incluida en 1868, reafirmó y extendió explícitamente a los estados la autorización implícita a

“privar de la vida, la libertad, o la propiedad” a través de un “adecuado proceso legal”¹.

Van den Haag concluye que para considerar la pena de muerte anticonstitucional se debe creer que ha evolucionado lo que se consideraba cruel e inusual en 1868, de modo que se pueda prohibir ahora lo que entonces no sólo se autorizó², sino que se aplicaba con frecuencia³. En definitiva, tener una constitución significa tener el deseo de adherirse a reglas que se hicieron en el pasado⁴.

¹ «The Fifth Amendment states that no one shall be “deprived of life, liberty, or property without due process of law,” thus implying that in compliance with “due process of law” we may deprive persons of life. The Eighth Amendment prohibits “cruel and unusual punishment.” It is unlikely that Eighth Amendment was meant to supersede the Fifth Amendment, since the Amendments were simultaneously enacted in 1791. In any event, the Fourteenth Amendment, enacted in 1868, reasserted and explicitly extended to the states the implied authority to “deprive of life, liberty or property” by “due process of law”»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 51.

² Cfr. *ibidem*.

³ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 157.

⁴ «If we are to be guided by what we want and not by what the framers of the Constitution decided, why we have a Constitution? Why pretend to adhere to a rule made in the past when we mean to be bound only by the rules we make? To have a Constitution means to wish to adhere to rules made in the past»: *Ibidem*, p. 159. De esta misma opinión es Antonin Scalia, magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos, quien sostiene que la Constitución significa lo que significaba cuando se aprobó. «As it is, however, the Constitution that I interpret and apply is not living but dead—or, as I prefer to put it, enduring. It means today not what current society (much less the Court) thinks it ought to mean, but what it meant when it was adopted»: SCALIA, A., *God’s Justice & Ours*, pp. 17-21. Nos parece que en artículo del magistrado se pone implícitamente de manifiesto que las instituciones jurídicas tienen una ética propia, y que, por tanto, ni tiene sentido que el Tribunal Constitucional se arrogue competencias que la Constitución atribuye a los Estados, ni puede prestarse un magistrado a la “solución” de boicot a la ley que se considera

Tal como está redactada la Octava Enmienda, sostiene nuestro autor, la “inconstitucionalidad” vendría dada por la confluencia en el mismo castigo de las notas de cruel y de inusual⁵.

Sería difícil que la pena de muerte cayese bajo esta doble consideración, pero puede que haya jueces que impidan su aplicación para forzar que acabe considerándose inusual: obviamente, no es éste el tipo de justicia que deseaba fomentar el texto constitucional⁶.

B. La Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos

Como veremos, la discusión sobre la constitucionalidad de la pena capital revela que hay modos diversos de concebir el “carácter permanente” de la *Carta Magna*. De hecho, el debate sobre la pena de muerte acaba obligando al interlocutor a exponer qué aspectos de aquella considera fijos –o evolutivos-. Ya se intuye esto en las palabras de nuestro autor: si hoy se duda de la coherencia de la pena de muerte con las Enmiendas, ¿qué tenían los redactores en la cabeza?, porque es evidente que no percibieron esa dificultad:

«Cuando la Octava Enmienda a la Constitución prohibió “el castigo cruel e inusual” la pena de muerte no era inusual, ni se considerada prohibida

injusta: porque el camino justo para cambiar las leyes es otro: el que prevé la legislación.

⁵ «Consider now the phrase used in the Eighth Amendment itself. It prohibits cruel *and* unusual punishment, not cruel *or* unusual punishment. Therefore a punishment must be cruel *and* unusual to be unconstitutional. The framers meant to outlaw unusual punishment, if cruel. But not cruel punishment, if usual. A punishment has to be new (unusual) as well as cruel to be unconstitutional. The death penalty hardly qualifies on that score. For whether cruel or not, the death penalty is not “unusual” in this Eighth Amendment sense»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 203.

⁶ Cfr. *ibidem*.

como cruel. ¿Ha llegado después a serlo? La Corte Suprema, en el caso de Furman contra Georgia, deja la cuestión abierta»⁷.

Para aclarar la cuestión, Van den Haag propone el estudio de los sentidos más plausibles del adjetivo “cruel” en el texto en discusión: podría tener un sentido moral o un sentido jurídico.

Por lo que se refiere al primero de esos posibles sentidos, Van den Haag señala que la Corte Suprema en el caso *Furman* no ha alegado la existencia de un “descubrimiento moral” que haga ilícita la pena capital ni ha sentado las bases para evaluar un descubrimiento de este tipo –si llegara a darse-. Es verdad que algunos jueces dan a entender que se han producido cambios en ese sentido, pero, como no lo afirman de modo explícito, esa percepción ayuda poco a aclarar los términos de la cuestión⁸.

1. Cruel en sentido moral

Si hubiera que juzgar que en la sociedad se ha producido un cambio moral de tal modo que hoy se considere “cruel” lo que antes no merecía este apelativo, ¿a quién le corresponde el juicio sobre la veracidad de este cambio moral y –sobre todo- acerca de sus implicaciones de cara a la legislación? Si en la Enmienda “cruel” tiene un sentido moral, es el foro político –y no el proceso judicial- el que debe afrontar el cambio legislativo, ya que «la Corte Suprema no se elige ni se piensa para legislar los cambios que detecte en la opinión pública», sino que esa misión corresponde a los gobiernos⁹.

⁷ «When the Eighth Amendment to the Constitution prohibited “cruel and unusual punishment,” the death penalty was not unusual or regarded as cruel in any prohibited sense. Has it become so since? The Supreme Court (in *Furman v. Georgia*, 1973) left this matter open»: *Punishing Criminals*, p. 225.

⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 225-226.

⁹ «The Supreme Court is not elected or meant to legislate changes it detects in public opinion. Legislatures may do so»: *Punishing Criminals*, p. 226.

Es decir: si se consiente que el juicio sobre el cambio de los valores éticos de la sociedad lo haga la instancia judicial, se está atribuyendo a ésta -por la vía de los hechos- una competencia que no le corresponde¹⁰. Lo cierto es que la población estadounidense, en su mayoría, no considera que la pena capital sea cruel, y prefiere mantenerla¹¹. Puede ser que entre los intelectuales haya más voces contrarias a la pena de muerte¹², pero esto no les autoriza -en una democracia- a imponer sus puntos de vista a la mayoría¹³. El problema es que esta imposición se lleva a cabo de hecho cuando desde el poder judicial se inutiliza la pena de muerte¹⁴. La prueba del sabotaje son las consecuencias de la moratoria¹⁵. Lo que Van den Haag critica es que se haga uso de los tribunales para modificar una ley que se

¹⁰ «Surely the “cruel and unusual” phrase was not meant to authorize the courts to become legislatures»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 52. Nuestro autor también aborda la problemática constitucional en otras obras. Desde el punto de vista jurídico-político, critica que se empleen los tribunales como un medio irregular de lograr un cambio legislativo que debería venir a través del proceso electoral. Esto se hace así porque los abolicionistas saben que no cuentan con el apoyo de la mayoría. Lo que Van den Haag critica no es que no cuenten con el apoyo de la mayoría (de hecho afirma que dicho apoyo no quita ni pone en la licitud de la pena de muerte), sino que hagan un uso irregular del poder judicial. Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 158-159.

¹¹ Alude nuestro autor tanto a los *referenda* que se han realizado en algunos estados, como a las encuestas que se han hecho en todo el país.

¹² Si eso es así, puede deberse a que proceden de una clase alta que sufre menos las consecuencias de la violencia o porque en los “colleges” se produce un cierto adoctrinamiento. Cfr. *Punishing Criminals*, p. 226.

¹³ «We live in a democracy. This means that intellectuals, or any other minority elite group, cannot and should not impose their views on the majority»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 160.

¹⁴ «Nonetheless, the judiciary has connived with those who wish to abolish it by, in effect, sabotaging the death penalty»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 160.

¹⁵ En un año, sólo fueron ejecutados en Estados Unidos tres de los mil que esperaban la ejecución de la condena Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 160-161.

sabe que la mayoría apoya, cuando la modificación correspondería a las esferas legislativas de los gobiernos democráticamente elegidos. Con este modo de proceder se está reconociendo implícitamente que no se respeta la opinión de la mayoría y se busca modificar la ley por otro camino.

2. Sentidos jurídicos del término “cruel”

El adjetivo “cruel” también puede señalar un castigo como abusivo. La pena es un tipo particular de castigo: es un castigo que se inflige como consecuencia de un proceso legal y que fue concebido para que active unos fines. En relación con los fines de la pena, cabe entender que “cruel” se perciba como irracional en el sentido de que el mal infligido no logra -o no puede alcanzar- su objetivo racional; o bien excede lo necesario para lograrlo¹⁶. Pasamos así a ver la cuestión de los fines de la pena.

a) “Cruel” en relación a la disuasión

La idea que acabamos de comentar estaría detrás de muchos de los informes sobre el caso *Furman*. Los jueces que sostienen este punto de vista consideran la disuasión como el propósito racional de la pena. La pena de muerte -entienden- no activaría la disuasión hasta el punto de justificar su vigencia¹⁷. Van den Haag considera que las estadísticas que apoyaban esa opinión han sido refutadas por los trabajos de Ehrlich. En cualquier caso, el razonamiento recién señalado iría demasiado lejos porque autorizaría la

¹⁶ «“Cruel” punishment, then, must be understood to be irrational punishment inasmuch as the evil inflicted does not, or cannot, achieve its rational objective, or exceeds what is needed to achieve it»: *Punishing Criminals*, p. 226. «A second sense of *cruel* involves the infliction of gratuitous pain, pain not intended or likely to achieve a rational end that may justify it»: *The Death Penalty. A Debate*, p. 204.

¹⁷ «This idea played a role in some of the opinions in *Furman*. The justices who held this view regard general deterrence as the rational purpose not achieved by the death penalty to such an extent as to justify it»: *Punishing Criminals*, p. 226.

abolición de cualquier pena que no hubiera demostrado su eficacia disuasoria y, por otra parte, toda pena que sí hubiera demostrado su eficacia podría ser constitucional. Ninguna de estas dos posibilidades tiene sentido: la constitucionalidad no exige en ninguna pena la demostración de su efectividad como disuasorio, porque a lo que atiende la Constitución es a la aplicación del debido proceso legal¹⁸. «La Constitución no exige una demostración de los efectos racional-utilitaristas de ningún castigo»¹⁹.

b) “Cruel” en relación con la retribución

Una vez descartada la interpretación que afectaría a la finalidad disuasoria, afronta Van den Haag la cuestión desde el punto de vista retribucionista, ya que otro fin racional de la pena de muerte lo constituye la voluntad de la sociedad de señalar que el asesinato es el peor de los delitos y que, por tanto, merece el castigo más grave.

Si con los periodos de cárcel logramos establecer una escala continua de penas, se puede decir que con la pena de muerte se indica de modo adecuado que el asesinato no es un delito más. Ni siquiera bastaría afirmar que es un delito más grave: es un delito tan grave, que exige esa ruptura con la “continuidad” de los castigos. La pena de muerte quedaría moralmente justificada, sin ser cruel, en la medida en que se considere justamente merecida por el delito cometido²⁰.

En definitiva, Van den Haag interpreta que la interpretación de “cruel” va más bien en la línea de la moralidad. Pero si eso fuera así, para señalar de modo convincente que la pena de muerte es excesiva y moralmente

¹⁸ Cfr *The Death Penalty. A Debate*, pp. 204-205. Con la expresión «debido proceso legal» queremos traducir «due process of law».

¹⁹ «The constitution certainly does not require a *demonstration* of rational-utilitarian effects for any punishment. Such a demonstration so far has not been available»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 53.

²⁰ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 204.

mala, convendría indicar por qué hoy se debe considerar cruel algo que los redactores dieron por bueno²¹.

De todas formas hemos visto que Van den Haag considera que la pena de muerte cumple los requisitos de constitucionalidad, ya se considere la palabra “cruel” en su acepción moral o en la jurídica, pues si se puede afirmar que es la justicia la que exige que una sanción sea proporcionada a la gravedad del delito²², no es menos cierto que la justicia constitucional autoriza, y casi exige, penas a la medida de la gravedad del delito²³.

En relación con otros delitos graves, los tribunales han considerado la pena de muerte anticonstitucional por cruel. En lo que atañe a la constitucionalidad de estas decisiones, nuestro autor discrepa porque, si un crimen es muy grave, deberían ser las asambleas legislativas las que decidieran qué castigo merece. En cambio, por lo que se refiere a la finalidad disuasoria, el resultado le parece “acertado”: es mejor que sean pocos los delitos castigados con la pena de muerte, para que el delincuente no se vea “empujado” a eliminar testigos²⁴.

²¹ «Chances are that “cruel” is best interpreted to mean excessive and morally wrong. If this is the interpretation, no reason is given why we should hold the death penalty to be cruel, or that the Framers did or might do so today»: *Punishing Criminals*, p. 227.

²² Vimos que nuestro autor considera que la justicia constituye un fin racional no utilitarista de la pena.

²³ «Justice, a rational but non utilitarian purpose of punishment, requires that a sanction be proportioned to the gravity of the crime. Thus, constitutional justice authorizes, even calls for, penalties commensurate with the gravity of the crime»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 53.

²⁴ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 203-204. Van den Haag muestra continuamente su insistencia en el aspecto preventivo de la pena. Nos parece que esta declaración suya es un claro ejemplo.

3. *Inusual*

Pasamos a tratar el significado del segundo término del binomio. “Inusual” evoca en nuestro autor básicamente dos significados: el primero atendería más bien a la novedad, el segundo a la “rareza” o falta de frecuencia.

En el caso de que el castigo sólo se aplicase a algunos de los delincuentes, sin una justificación de relevancia jurídica, nos estaríamos refiriendo a la segunda acepción: algunos delincuentes estarían siendo discriminados negativamente porque se les aplica un castigo que no se aplica a la mayoría de sus iguales; luego, podría entrar en juego la interpretación de la Decimocuarta Enmienda: la cláusula de la igual protección de las leyes para todos los implicados. Van den Haag no discute que en el pasado -con ocasión del delito de un negro contra un blanco- se hayan dado casos de este tipo de discriminaciones²⁵.

En la Octava Enmienda, “inusual” viene a significar “caprichoso” (no sometido a unas normas racionales conocidas que permitan la previsión)²⁶. En el caso *Furman* el tribunal juzgó que en el Estado de Georgia la pena de muerte se imponía de un modo arbitrario, quizás discriminatorio y no equitativo, y por lo tanto de modo anticonstitucional. Muchas leyes estatales no hacían obligatoria la pena de muerte, sino que permitían una discrecionalidad a jueces o jurados sobre si imponerla o no. Ese era el caso de la ley de Georgia y de otras que la decisión invalidó²⁷.

²⁵ Cfr *The Death Penalty. A Debate*, p. 205. Con la expresión “igual protección de las leyes” queremos traducir la expresión “equal protection of the laws”.

²⁶ «“Unusual” may mean infrequent or unfamiliar. But in the Eighth Amendment “unusual” seems to mean “Capricious”, i.e., not guided by known rational rules which permit prediction»: *Punishing Criminals*, p. 227.

²⁷ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 227.

Si se admite la discrecionalidad judicial²⁸, siempre se deja un margen interpretativo al magistrado: el castigo depende del juicio del juez. Y por mucho que se reduzca la discrecionalidad no hay modo de eliminar completamente la arbitrariedad inherente a cualquier sistema penal humano: son hombres los que investigan, instruyen el proceso y juzgan. Van den Haag admite que, aun siendo inevitable, la arbitrariedad se hace más crítica en el caso de la pena de muerte. Pero, a su juicio, si en algún tipo de procesos se vela hoy día para que no haya discriminación, es en el de pena capital: se producen muchas apelaciones y revisiones en cada uno de los casos²⁹.

Van den Haag da a entender la existencia de un “doble rasero” para juzgar la discrecionalidad: no parece que preocupe el amplio margen con el que juega el juez para decretar lo que se adapte mejor al propósito de rehabilitar³⁰, ni tampoco se pondera si es excesiva la gran discrecionalidad de que gozan los consejos que deciden la libertad bajo palabra³¹. En definitiva, considera que, si la posible inconstitucionalidad deriva de la discrecionalidad, habría que investigar si otras cuestiones -como las recién mencionadas- violan o no la Enmienda. Por ello, protesta: «todo lo que se pueda decir sobre la posible arbitrariedad en la aplicación de la pena de muerte, puede decirse sobre las penas de cárcel, y sería cierto»³². En 1975 Van den Haag postulaba una posible evolución tras el caso *Furman*: un

²⁸ En el fondo la cuestión podría poner en crisis la entera discrecionalidad judicial porque ¿cuándo se puede decir que ésta no es caprichosa? Cfr. *Punishing Criminals*, p. 227.

²⁹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, pp. 205-206.

³⁰ Hay sentencias de prisión cuya duración no está definida por la ley, sino por el juez que designa la sentencia y las autoridades que conceden la libertad bajo palabra.

³¹ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 227.

³² «Everything that can be said about possible capriciousness in applying the death penalty can be said about imprisonment as well; and it would be true»: *Punishing Criminals*, p. 228.

retorno a castigos fijados por la ley, con un estrecho margen de discrecionalidad para los jueces³³.

A través de la cronología de las distintas obras de nuestro autor se perciben sus temores y esperanzas sobre la posible evolución legislativa: «para 1975 casi treinta y dos estados han preparado nuevos estatutos haciendo obligatoria la pena de muerte para algunos crímenes»³⁴. Temía entonces que determinados defectos de redacción en los borradores condujesen al rechazo de dichas leyes³⁵. En *In Defense of the Death Penalty* (1978) comenta que, una vez corregidos los defectos de anticonstitucionalidad, dos tercios de las asambleas de representantes de los Estados a los que ésta afectaba han reinstaurado la pena capital³⁶. En *Why Capital Punishment?* (1990), Van den Haag señala que desde 1976 (año en que expiró la moratoria) treinta y seis estados han elaborado leyes sobre la pena de muerte cumpliendo los requisitos de constitucionalidad, pero en

³³ Van den Haag entiende que en la determinación de la pena se ha de atender más a la gravedad del delito que a las “necesidades” del delincuente. En ese sentido esperaba: «perhaps, then, the *Furman* decision will reestablish punishment according to law»: *Punishing Criminals*, p. 228. En *In defense of the Death Penalty*, pp. 53-55, nuestro autor señala que por inusual se entiende tanto “casualmente caprichosa” –lo que atentaría contra la Octava Enmienda- como “sesgadamente caprichosa” –lo que violaría la cláusula de igual protección de la Decimocuarta enmienda-. Aunque estas dos formas de aplicación arbitraria se dieran más en la pena de muerte que en las penas más suaves, esto no argüiría contra la pena, dice, porque la arbitrariedad no depende de la pena, sino de su distribución: el remedio sería cambiar las leyes y procedimientos por los que distribuye la pena. Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, pp. 53-54. En un sentido semejante cfr. *Punishing Criminals*, p. 221.

³⁴ «By 1975, nearly thirty-two states had fashioned new statutes making the death penalty mandatory for some crimes»: *Punishing Criminals*, p. 227. En nota al pie Van den Haag comenta que, siendo la pena de muerte el más grave de los castigos, él lo reservaría a los crímenes más graves en su forma más grave: por ejemplo no a la violación pero sí a la violación con asesinato.

³⁵ Cfr. *Punishing Criminals*, p. 227.

³⁶ Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, pp. 51-52.

sólo trece de ellos se han llevado a cabo ejecuciones³⁷. Comentamos brevemente que la solución finalmente adoptada por el Tribunal Constitucional exige que haya unos parámetros que guíen los procedimientos para la condena a muerte, de modo que se limita la discrecionalidad, pero no se elimina por completo³⁸.

C. Los casos de aplicación discriminatoria y la Decimocuarta Enmienda

¿Cuál es la realidad de la aplicación discriminatoria de la pena de muerte? Las estadísticas sugieren que la pena de muerte se aplica con más frecuencia sobre los negros y sobre los pobres que sobre los demás grupos sociales, pero parte del problema reside en que los grupos que más delitos capitales cometen coinciden con aquéllos. Así las cosas, una mayor proporción de sentencias capitales en esos grupos no indicaría discriminación. Otra cuestión sería que se diera una mayor proporción de ejecutados entre los culpables pobres y entre los culpables negros, que entre los culpables no pobres o blancos. Esto último sí sugeriría una discriminación injustificada. Y -admite nuestro autor- ésta parece haber sido la realidad, al menos en el pasado³⁹.

Comentamos de pasada que Van den Haag critica a los que atacan la pena de muerte por discriminatoria, pero en verdad también se oponen a la pena de muerte cuando ésta se aplica sin este tipo de discriminaciones,

³⁷ Desde 1976 no se han ejecutado más de veinticinco personas por año. Cfr. *Why Capital Punishment?*, p. 501.

³⁸ Se emplea el término *guided discretion*, para señalar la discrecionalidad sometida a dichos parámetros.

³⁹ «However, if a higher proportion of the guilty poor and of the guilty black were executed than of whites or non-poor who are as guilty, it would suggest unwarranted discrimination. In the past, if not in the present, this appears to have been the case»: *Punishing Criminals*, p. 220.

como se hacía en Inglaterra o en Suecia cuando tenían poblaciones racialmente homogéneas⁴⁰. Stephen Nathanson contesta a éste y otros argumentos sobre la discriminación⁴¹.

1. La discriminación injustificada

Para Van den Haag el problema real no es el castigo en sí, sino la discriminación injustificada; es decir, la distribución injusta de la pena, sea a causa de sentencias de culpabilidad injustas o de condenas injustas –desiguales y sesgadas– de convictos igualmente culpables. Y esto puede ocurrir con cualquier pena; no es exclusivo de la pena de muerte. Como es el vicio lo que hay que corregir, hay que acometer el proceso de distribución que lo produce, sin conformarse con dar importancia sólo al caso de la pena capital:

«No hay razón para circunscribir una corrección de ese tipo a ninguna pena específica, ni se puede conseguir mucho eliminando ninguna pena específica, porque todas las penas pueden imponerse de modo discriminatorio. Donde hay que corregir el defecto es en los tribunales»⁴².

⁴⁰ Louis B. Schwartz, en la entrevista titulada *Bring Back the Death Penalty?*, sin referirse a la discriminación de pobres o negros en la aplicación de la pena de muerte, comenta que en Inglaterra también se producían arbitrariedades porque siempre puede el *Home Office* decidir quién es ejecutado y quién no a través de la denegación o concesión de clemencia: Cfr. *Bring Back the Death Penalty?*, p. 38.

⁴¹ Cfr. NATHANSON, S., *Does It Matter if the Death Penalty Is Arbitrarily Administered?*, p. 163. Concretamente sobre este punto señala que se trata de un argumento *ad hominem*, que, en definitiva, sugiere que no puede haber más que una razón para apoyar un punto de vista. Uno puede emplear diversos argumentos y, si uno de ellos es refutado no tiene necesariamente que cambiar de opinión porque puede haber otros que apoyan nuestro modo de ver las cosas.

⁴² «There is no reason to limit such a correction to any specific penalty. Nor can much be accomplished by abolishing any penalty, since all penalties can be

2. *La disponibilidad de pruebas*

Cabe decir que hay un tipo de “discriminación” jurídicamente explicable. La presencia o no de testigos en el lugar de los hechos, la inteligencia o torpeza de los policías al recabar pruebas, etc. pueden hacer que convictos igualmente culpables no sufran la misma pena. Este tipo de discriminación no es un problema de constitucionalidad porque la sentencia depende de las pruebas disponibles y admisibles que permitan demostrar la culpabilidad. Y la disponibilidad de la prueba no siempre se da⁴³. Esto hace ineludible la discrecionalidad judicial. Sin duda, los redactores de la Constitución contaban con el carácter contingente de las decisiones judiciales. Es decir, en sí, las limitaciones inherentes a la justicia humana conducen a esa discrecionalidad y ésta no supone hoy nada en contra de la constitucionalidad del sistema de justicia penal. De nuevo, señala nuestro autor que para decir lo contrario, habría que justificarlo, indicando qué es lo que ha evolucionado de tal manera que lo que servía cuando se elaboró la Constitución sea ahora intolerable –al menos para la pena de muerte-. En cualquier caso, si se ha producido una evolución de ese tipo, corresponde al poder legislativo del gobierno hacer los cambios oportunos⁴⁴.

Aunque la Constitución ordena minimizar la aplicación caprichosa de la ley, no obliga a un nivel de perfección inalcanzable o a descartar penas porque ese nivel no se ha alcanzado. No hay que extender la

metted out discriminatorily. The defect to be corrected is in the courts»: *Punishing Criminals*, p. 221.

⁴³ «Some capriciousness is unavoidable. Decisions of the criminal justice system often rest on such accidental factors as the presence or absence of witnesses to an act, or the cleverness or clumsiness of police officers. All court decisions must rest on the available and admissible evidence for, rather than the actuality of, guilt. Availability of evidence is necessarily accidental to the actuality of whatever it is that the evidence is offered to demonstrate»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 54.

⁴⁴ Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 54.

discrecionalidad salvo necesidad, pero algo de discrecionalidad es no sólo inevitable, sino incluso deseable. En cualquier caso, no es un motivo para eliminar ningún tipo de castigo⁴⁵.

Sólo cuando el capricho fuera tan inevitable y excesivo que las penas se distribuyesen indistintamente a culpables e inocentes, sólo entonces se evitaría el capricho aboliendo las penas. Cuando no es ese el caso, los abusos de discreción que suponen discriminación para grupos particulares de acusados o de convictos deben corregirse, pero no se debe abolir la pena de la que se abusa⁴⁶.

3. *Justicia e igualdad*

Van den Haag considera poco persuasivo un argumento sobre la discriminación que no señale por qué es injusta la pena merecida para quien la padece. Es decir, el sólo argumento de que hay culpables –favorecidos– que se libran de la pena de muerte no parece justificar que tengan que eludirla todos⁴⁷.

Si bien es cierto que la justicia exige que se castigue al culpable y que se respete a los inocentes, para ser realistas estas expresiones hay que traducirlas entendiendo por culpable “tantos culpables como sea posible”⁴⁸,

⁴⁵ «The Constitution, although it enjoins us to minimize capriciousness, does not enjoin a standard of unattainable perfection or exclude penalties because that standard has not been attained. Although we should not enlarge discretion *praeter necessitatem*, some discretion is unavoidable and even desirable, and certainly is no reason for giving up any form of punishment»: *Ibidem*.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 55.

⁴⁷ Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 55. Nuestro autor interpreta que “due process of law” significa hacer justicia, y “the equal protection of the law” significa extender la justicia a todos por igual.

⁴⁸ Aunque sólo se pueda castigar a algunos.

y por inocentes “tantos inocentes como sea posible”⁴⁹. Van den Haag considera indudable que, desde el punto de vista moral, es prioritaria la justicia sobre la igualdad, de modo que sería malo preferir “tratar a todo el mundo con igual grado de injusticia” a “hacer justicia a algunos”⁵⁰. Es decir: que la justicia no puede consentir nunca que -en aras de la igualdad- se perdone a los culpables o que se castigue a los inocentes⁵¹.

Por otra parte, en la práctica nunca podríamos aplicar penas si tuviéramos que garantizar que todos los igualmente culpables van a ser igualmente castigados. Cualquiera que esté medianamente familiarizado con la justicia penal sabe que las penas sólo se pueden aplicar a una inevitable “selección” de culpables⁵².

4. La cuestión moral esencial sobre la discriminación

Para Van den Haag, la cuestión moral esencial que subyace en este debate es la pregunta múltiple sobre si la pena de muerte es justa o útil o si cumple estas dos “atribuciones” a la vez. Nuestro autor tiene claro que la igualdad no haría la pena justa:

⁴⁹ Aunque no se consiga respetar a todos.

⁵⁰ «Justice requires punishing the guilty -as many of the guilty as possible- even if only some can be punished, and sparing the innocent -as many of the innocent as possible, even if not all are spared. Morally justice must always be preferred to equality. It would surely be wrong to treat everybody with equal injustice in preference to meting out justice to some»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 55.

⁵¹ Esto es: porque otros hayan sido injustamente perdonados o castigados. «Justice cannot ever permit sparing some guilty persons, or punishing some innocent ones, for the sake of equality -because others have been unjustly spared or punished»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 55.

⁵² Cfr. *In Defense of the Death Penalty*, p. 55. En las páginas 55-56 de este artículo el autor critica la “política” de dejar libre al acusado cuando la prueba se ha tomado de modo defectuoso, argumento que ya hemos comentado.

«Si la pena de muerte fuera aplicada con igualdad y sin arbitrariedad, y con una perfección sobrehumana a todos los culpables, pero fuera moralmente injusta, sería injusta en todos los casos»⁵³.

Y considera igualmente indudable que si la pena de muerte es moralmente justa, aunque se aplicase de modo discriminatorio a algunos culpables, sería justa en cada uno de los casos en que se aplica. De todos modos, nos equivocáramos si pensásemos que -porque prefiere una “justicia desigual” a una “igual injusticia”- nuestro autor no concede importancia a esas desigualdades en la justicia.

Van den Haag considera que los efectos de una justicia desigual pueden ser perjudiciales para el edificio social porque ofenden nuestra pasión por la igualdad ante la ley⁵⁴. La justicia desigual es moralmente repugnante, pero, aún siendo desigual, la justicia sigue siendo justa⁵⁵; mientras que la injusticia sigue siendo injusta, aunque sea igualitaria. «Aunque ambas sean deseables, justicia e igualdad no son idénticas. La igualdad ante la ley debería extenderse e imponerse, pero no a expensas de la justicia»⁵⁶.

⁵³ «Is the death penalty morally just and/or useful? This is the essential moral, as distinguished from the constitutional, question. If the death penalty were distributed equally and uncapriciously and with superhuman perfection to all the guilty, but were morally unjust, it would be unjust in each case»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 56.

⁵⁴ Habla de efectos “utilitaristas (políticos)”.

⁵⁵ Si no se hace del culpable un inocente, ni del inocente un culpable.

⁵⁶ «While both are desired, justice and equality are not identical. Equality before the law should be extended and enforced –but not at the expense of justice»: *In Defense of the Death Penalty*, p. 56.

D. Las posturas de Conrad y Nathanson

1. *Conrad*

Este autor concibe los textos constitucionales como leyes vivas que requieren reinterpretaciones atendiendo a las sensibilidades de la época. Las decisiones constitucionales no son definitivas, pero se enmarcan en un “progreso indefinido” que no impide que se mejoren paulatinamente⁵⁷. No cabría para los miembros de la Corte Suprema una interpretación objetiva de las Enmiendas, porque las decisiones de los magistrados a este respecto revisten un carácter marcadamente emocional⁵⁸. Sería lícito para quien piense que la pena de muerte es en sí ilícita procurar bloquear o retrasar las decisiones de pena capital⁵⁹. La sociedad americana difícilmente toleraría el ritmo de ejecuciones que podrían derivarse teóricamente de los 20.000 homicidios anuales que se producen en el país⁶⁰. La discrecionalidad judicial lleva a la arbitrariedad, pero reducirla o eliminarla supondría trasladar a otro foro esa arbitrariedad ya que las demás instancias del entero proceso judicial también son humanas⁶¹. Las clases sociales (pobres y negros) de las que proceden la mayoría de los condenados perciben la pena de muerte como un signo de la injusticia inherente al sistema de justicia penal⁶².

⁵⁷ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 166.

⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 163.

⁵⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 177-178.

⁶⁰ Cfr. *ibidem*, p. 179.

⁶¹ Cfr. *The Death Penalty. A Debate*, p. 212.

⁶² Cfr. *ibidem*, pp. 212-213 y 228.

2. *Nathanson*

Este autor subraya, frente a Van den Haag, la idea de que la justicia penal es una materia comparativa⁶³: no basta, para que la pena sea justa, que el reo sea culpable y la merezca, sino que hay que ponderar cómo son tratados los igualmente culpables⁶⁴. Según Nathanson no parece que sea posible llegar a una aplicación no discriminatoria de la pena de muerte. Al menos las leyes promulgadas en Georgia no lo han conseguido desde el punto de vista teórico (según Black) ni en la práctica penal (según Bowers y Pierce)⁶⁵. No existen criterios claros para condenar a muerte a alguien⁶⁶. Y si los hubiera, seguiría siendo inevitable la existencia de discriminaciones⁶⁷ -sean voluntarias o involuntarias⁶⁸-, que revisten especial importancia para el reo por la irrevocabilidad de la muerte. No se puede eliminar toda arbitrariedad en el proceso penal porque la sociedad no puede prescindir de las penas. Pero la sociedad puede prescindir de la pena de muerte⁶⁹.

⁶³ Cfr. *Does It Matter If the Death Penalty Is Arbitrary Administered?*, pp. 152 y 158.

⁶⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 155-157.

⁶⁵ Cfr. *ibidem*, p. 150.

⁶⁶ Cfr. *ibidem*, p. 153.

⁶⁷ Cfr. *ibidem*, p. 153.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, p. 159.

⁶⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 160-162.

CAPÍTULO IX. RECAPITULACIÓN

Antes de acometer la recapitulación en sentido estricto, recogemos unas consideraciones sobre la justicia de las penas, al hilo de un artículo relativamente tardío de nuestro autor¹.

A. La justicia de los castigos según Van den Haag

Van den Haag expone las ideas sobre la relación entre los aspectos retributivo y disuasorio de la pena con las que ya estamos familiarizados².

¹ Cfr. VAN DEN HAAG, E., *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?* en "The Wayne Law Review" 33 (1987), pp. 1413-1421.

² Las amenazas que hace la ley penal pretenden disuadir del crimen. La amenaza necesaria para disuadir del delito depende de lo atractivo que sea éste (lo que viene determinado por el "beneficio neto" comparativo que el delincuente espera obtener); en cambio el castigo merecido depende de la gravedad del delito. Como lo atractivo del delito y su gravedad no son la misma cosa, la retribución y la disuasión pueden exigir penas distintas. De hecho si un delito atractivo no es considerado como grave, normalmente no lo amenazamos con un castigo considerable, que podría efectivamente disuadir (se aceptan unos niveles de disuasión menores por no ser duros con los delincuentes que parecen no merecer el castigo necesario para disuadir). Por otra parte, aunque las penas duras no fueran necesarias para disuadir de un delito grave, la ley seguiría amenazándolo con un castigo grave, por el deseo de hacer justicia. Con todo, las posibles divergencias en lo referente a los castigos necesarios para controlar el delito y los castigos considerados como justos no supondrían una incompatibilidad desde el punto de vista lógico. Aunque haya habido opiniones fuertemente contrarias a esto, parece claro que no existe un modo no arbitrario para determinar la gravedad de los delitos y de las penas que éstos merecerían.

Concibe dos sentidos muy diversos –y no armónicos entre sí- en que pueden ser justas la leyes.

Según el primero de ellos, el castigo debe ser un medio racional para un fin justificable legalmente: debe castigar un acto que la ley correctamente considera delito. Sería injusta la ley que castiga un acto que no debería estar prohibido; y el castigo por incumplirla sería injusto. Para ser justo, además, el castigo debería haber sido amenazado por la ley antes de ser impuesto (*nulla poena sine lege*) y el acto debería haber sido prohibido antes de ser cometido (*nullum crimen sine lege*). En este primer sentido, la justicia del castigo depende de la justicia de la ley que lo impone: el castigo podría ser injusto si la ley se promulgó después del acto o prohibiese algo que no es malo o que no es evitable³: no es sólo el acto cometido por el individuo lo que hace justo el castigo.

Parece razonable pensar que las leyes injustas no habrían llegado a ser leyes si todo el mundo las considerase como tales. No se puede llegar fácilmente a un acuerdo sobre qué leyes son injustas o sobre qué actos ilegales no son moralmente malos. Desde un punto de vista teórico, la discusión se podría prolongar *ad infinitum*. Hobbes resolvió la cuestión de un modo práctico con la afirmación de que es la autoridad –y no la verdad moral- la que promulga la ley. Si se quiere salvaguardar la paz social, este principio práctico tan sencillo debe prevalecer sobre otras consideraciones acerca de la justicia; si no, habrá un inmenso retroceso de la legalidad⁴.

Como los castigos justos no pueden determinarse por un proceso no arbitrario, desde el punto de vista objetivo no pueden ser incoherentes con los castigos necesarios para el control del delito (cuya tipología depende de su efecto disuasorio). Cfr. *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, pp. 1413-1414.

³ Cfr. *ibidem*, p. 1415. Esta exposición de la justicia del castigo nos parece básicamente coherente con una doctrina del derecho natural como pueda ser la implícita en los textos del magisterio de la Iglesia.

⁴ Cfr. *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, pp. 1415-1416.

Para nuestro autor, resulta evidente que «la culpa que merece censura moral y castigo sólo se produce por una violación intencional de leyes justas que prohíben actos injustos dañinos contra la sociedad y no por otras reglas», pero tiene igualmente claro que la supervivencia del orden social exige que sólo se consideren válidas a efectos legales las leyes decretadas por la autoridad civil⁵. Esta dicotomía conduce a dos conceptos de justicia: el primero miraría más a la justicia de la ley y del acto; el segundo -afirma Van den Haag- se refiere al actor⁶.

Un castigo impuesto por una ley justa puede ser injusto para la persona a la que se le aplica si no cometió el delito por el que se le castiga. Es injustamente castigada no porque la ley o el castigo sean injustos, sino porque es injusto infligirle la pena a ella. Se ha malogrado el propósito de la ley de castigar al culpable y sólo al culpable⁷.

⁵ Cfr. *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, p. 1416. Esta segunda noción de justicia responde a un planteamiento positivista -se podría objetar-, pero contiene implícitamente algunas ventajas de índole práctica para la ética política. Si quisiéramos preguntar por el papel que en ella desempeña el “derecho natural”, tendríamos que reconocer que pasa a través de la visión que del mismo tiene la autoridad legislativa. Si se trata de una sociedad concebida como un estado constitucional democrático, en teoría se puede decir de los ciudadanos lo que acabamos de decir respecto de la autoridad, porque en principio pueden influir en la legislación a través de la elección de representantes que compartan sus puntos de vista. A esto se puede objetar que si la legislación “heredada” en el momento de redactar la constitución tenía elementos importantes contrarios al derecho natural, difícilmente se salvarán estos obstáculos sin una reforma legislativa de gran calado. Lo difícil en ese caso es conseguir el consenso para poder llevarla a cabo.

⁶ Ésta, sin duda, es otra simplificación útil para nuestro autor. Cabría decir que la primera noción mira a la vez al “justo natural” y al “justo positivo”, mientras que la segunda sólo atiende a este último: no se ve afectada por la justicia moralmente entendida. Cfr. *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, p. 1416.

⁷ Cfr. *ibidem*.

¿Cómo se consigue reducir al mínimo el castigo de inocentes? Exigiendo mucha prueba de la culpa, tanta que algunos de los culpables puedan no ser declarados culpables porque la prueba es insuficiente. No castigarlos es una injusticia que se permite por el deseo de no cometer una injusticia peor: declarar culpables a personas inocentes. En la práctica, las penas se imponen a una selección “aleatoria” de entre los que han cometido delitos: sólo a los capturados y, entre ellos, a los declarados culpables porque hay una cantidad suficiente (y disponible) de pruebas. La ley no puede hacer más que procurar que cada culpable corra algún riesgo legal de ser castigado. Intentamos igualar (y maximizar) ese riesgo. A lo más que llegamos actualmente es a hacerlo aleatorio, dando igual trato legal a aquellos que se sitúan igualmente respecto de los aspectos legalmente relevantes: en ese sentido, la justicia tiene vendados los ojos. La igualdad ante la ley se refiere al procedimiento: no se puede extender a los datos -aprehensión o disponibilidad de prueba- con los que la ley debe trabajar. La exclusión de aspectos irrelevantes y la igual aplicación de las reglas generales puede ser tan cercana a la igualdad como lo permita la ley, lo suficiente: nadie está obligado a lo imposible⁸.

Tras esta exposición, nuestro autor se pregunta si, siendo la ley justa y el convicto culpable, el castigo legal podría llegar a ser injusto por ser excesivo. Se califica como excesivo al castigo desproporcionado al acto que castiga. Un castigo desproporcionado es *ipso facto* injusto para el delito. Pero se pregunta Van den Haag si un castigo desproporcionadamente duro es también injusto para el delincuente que lo sufre. Según él, cuando la gente sabe que puede ser condenada a una determinada pena si comete un acto, y aun así asume el riesgo llevando a cabo la acción, no es injusto para

⁸ Cfr. *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, p. 1416.

él que se consume ese riesgo⁹. Ha arriesgado y ha perdido. No se le hace injusticia, según nuestro autor¹⁰.

Un castigo desproporcionado para un delito –sea por exceso o por defecto– no sólo es injusto para el delito, sino imprudente. Éstas son buenas razones para oponerse a él. Pero no es injusto para el que lo sufre, porque cometiendo el delito corrió el riesgo de sufrirlo. El crimen no merece el castigo, pero él sí. Un castigo sólo puede ser injusto para la persona a quien se inflige si no quiso correr voluntariamente el riesgo de sufrirlo¹¹. Van den Haag dice que debe distinguirse entre hacer justicia al crimen (cosa que no se conseguiría con un castigo excesivo) y hacerla al delincuente. El delincuente voluntariamente quiso correr el riesgo y no sufre más injusticia que la mala suerte¹².

Acto seguido –en el artículo que venimos comentando– pasa nuestro autor a tratar sobre los principios en que, a su juicio, debería basarse una escala de penas. En primer lugar se deben ver las penas para hacer justicia. Han de reflejar lo que la sociedad actualmente considera como merecido. De otro modo, el sistema de justicia penal no tendría el apoyo social que necesita. Lo que la comunidad considera como justo depende de su punto de vista sobre la gravedad del delito y, en menor medida, de la

⁹ «If a person volunteers to assume a risk, it is not unjust to him if that which he risked happens»: *Ibidem*, p. 1417.

¹⁰ Veremos a continuación cómo procura salvar la aporía (“un castigo injusto para un delito puede ser justo para quien lo cometió”). A nuestro juicio no lo consigue.

¹¹ «A disproportionate punishment –be it excessive or insufficient– is not only *ipso facto* unjust to the crime but also unwise. These are good reasons for opposing it. But a disproportionate punishment is not unjust to those who suffer it, since, by committing their offense, they volunteered to assume the risk of suffering that punishment. The crime may not deserve it; but they do. A punishment can be unjust to the person on whom it is inflicted only if he is not guilty, or if the punishment goes beyond what the law threatened»: *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, p. 1417.

¹² Cfr. *ibidem*, p. 1418.

culpabilidad del delincuente. Es arbitraria la relación de estos dos factores entre sí y con el tipo de castigo. No hay una pauta objetiva para determinar cuánto castigo se merece por ningún grado de gravedad y culpabilidad ni hay una pauta objetiva para medirlas.

De modo que enuncia el primer principio como sigue: las penas se aceptarán como justas si la opinión pública las considera merecidas (lo que normalmente depende de la tradición). La opinión pública no determina qué penas *son* justas sino que indica cuáles se *estiman* como justas¹³. Así, el primer principio responde a la pregunta moral sobre qué castigo merece el delito.

El segundo principio en cambio responde a una pregunta empírica: ¿qué castigos controlarán más los futuros delitos al menor coste?¹⁴ Este segundo principio hace depender los castigos del grado hasta el cual la sociedad prefiere sufrir los costes materiales y morales de castigar o sufrir los costes de los crímenes (que el castigo disuadiría)¹⁵. Este segundo planteamiento permite preguntarse: si deseamos reducir tal delito en una determinada proporción, ¿en qué grado debemos incrementar las penas? A diferencia del primer principio (moral), el segundo (control del delito) es capaz de construir una escala de castigos basada en hechos objetivos como respuesta a la preferencia de la comunidad (de optar) por más delito o por más

¹³ «The first principle, then, translates into: punishments will be accepted as just if regarded as deserved by public opinion (which usually depends on tradition). Note that public opinion does not determine which punishment *are* just; it does indicate which punishments are *felt* to be»: *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, p. 1419.

¹⁴ «In contrast, the second principle responds to the empirical question: which punishments will control future crime most, at the least cost?»: *Ibidem*.

¹⁵ «This principle makes punishments depend on the degree to which society prefers to bear the material and moral cost of punishing to the cost of the crimes the punishments deter»: *Ibidem*.

castigo¹⁶. Esta preferencia se basa en un juicio de valor sobre lo deseable de los beneficios (control del delito) en relación con los costes (penas). Dado este juicio, la escala de penas se determina por la relación cuantitativa entre castigo y disuasión¹⁷.

Ahorramos al lector algunas consideraciones sobre los individuos no susceptibles de disuasión, sobre la respuesta de la gente a incentivos y “desincentivos”, sobre la ineficacia de la rehabilitación (aunque tuviese éxito) y de la incapacitación en la reducción de los índices de delincuencia, etc., que ya se han expuesto con mayor detalle en otros apartados. Concluye que la única esperanza de lograr una estructura de sentencias racional es basarla en efectos disuasorios comprobables. Esto quizá refleja los deseos de la comunidad, que puede reducir cualquier índice de delincuencia si está dispuesta a pagar por ello. Una escala racional de castigos no haría menos justicia que una escala basada en principios retributivos. Ésta última realmente no puede establecer qué castigos son merecidos (justos) y por lo tanto si éstos difieren o no de los castigos que han resultado disuasorios hasta el grado deseado¹⁸.

¹⁶ «Unlike the first (moral) principle, the second (crime control) principle is capable of prescribing a scale of punishments based on objective facts in response to the preference of the community for more crime or more punishment»: *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, p. 1419.

¹⁷ Cfr. *ibidem*.

¹⁸ «Yet, the only hope for a rational sentencing structure is to base it on tested and ascertainable deterrent effects. It should reflect the desires of the community. The community is able to get any reduction of the crime rate it is willing to pay for. A rational punishment scale, finally, would do no less justice than one based on retributive principles. The latter cannot actually establish what punishments are deserved (just) and therefore whether or not they differ from punishments found to be deterrent to the desired degree»: *Ibidem*, pp. 1420-1421.

B. Breve resumen de su postura acerca de la pena de muerte

De modo sintético podemos decir que Van den Haag concibe como una de las principales de los estados la tarea de controlar el crimen, pues «aunque los gobiernos realicen otras muchas tareas, la principal, la que constituye su razón de ser es proporcionar un orden jurídico en el cual los ciudadanos puedan estar seguros en sus vidas, en sus libertades y en su búsqueda de la felicidad»¹⁹.

La tarea del sistema de justicia penal reviste, por tanto, una capital importancia. Las penas tienen diversos fines, pero los dos principales son hacer justicia y controlar el crimen. No nos extendemos en otros puntos que acabamos de recoger. Recordamos sólo que lo que pretende el autor no es una eliminación total del delito (tarea imposible) ni que dependa sólo de la aplicación de las penas. Pero las penas tienen un papel primordial y contribuyen a formar la conciencia cívica del ciudadano. Lo que puede plantearse el Estado es una reducción de los índices de delincuencia. Para esto el método más efectivo, más sencillo y realmente asequible al Estado, no es la mejora de condiciones económicas –aunque sea deseable– ni la mejora de la educación. Lo que realmente puede hacer el Estado para controlar el delito es hacer trabajar correctamente el sistema de justicia penal. Concretamente, hacer que el potencial delincuente perciba que “no merece la pena” cometer el delito. Esto se consigue si las penas se adecuan bien a los valores que los ciudadanos quieren proteger y si efectivamente los delincuentes son capturados, juzgados, declarados culpables y cumplen la condena (cuantos más, mejor). Si no se logra una regularidad suficiente en la aplicación de las penas, pueden aumentar los índices de delincuencia. Podría suceder incluso –si se llega a una situación general “escandalosa”– que los ciudadanos tendiesen a tomarse la justicia por su mano.

¹⁹ «Although they do many other things, the paramount duty, the *raison d'être*, of governments is to provide a legal order in which citizens can be secure in their lives, their liberties, and their pursuit of happiness»: *Punishing Criminals*, p. 3.

La pena de muerte, desde el punto de vista retributivo, parece la pena adecuada para los peores delitos, porque es la pena más grave. Parece la pena proporcionada para el asesinato. Desde el punto de vista de la disuasión, si la vida es aún un valor más crítico que la libertad, es lógico que se amenace con la pena mayor, porque tiene un efecto disuasorio superior debido a su irrevocabilidad.

C. Aspectos positivos de la doctrina de Van den Haag

Vemos conveniente señalar los aspectos positivos que encontramos, siempre a nuestro juicio, en la doctrina del autor. Citaremos algunos brevemente. Sobre otros, en cambio, nos extenderemos más.

- 1) En general, nos parece que el conjunto de sus planteamientos es coherente.
- 2) Afirma la responsabilidad del ser humano en general, y del delincuente en particular, sin descartar por ello la plausibilidad de las teorías sobre las causas del delito.
- 3) Ha reflexionado sobre muchos aspectos de la justicia penal y ha debatido con diversos autores sus planteamientos. Concretamente ha dedicado numerosos artículos a la reflexión sobre los fines de la pena y las teorías relativas a ello.
- 4) Ha reflexionado también sobre otros temas relacionados con la justicia, como la ley del talión o los derechos naturales. En estos campos discrepa muchas veces en lo que otros autores consideran aspectos implícitos a esas nociones²⁰.

²⁰ Por ejemplo: el aspecto meramente negativo de venganza de la primera o el aspecto normativo-legal de los segundos.

- 5) Compatibiliza los fines retributivo y disuasorio de la pena²¹. Entiende la finalidad retributiva, la siente como necesaria y ve en la tradición (religiosa y ética) un apoyo de ella, pero también percibe la dificultad de concretar cuál sea la pena justa según una teoría de la retribución (determinar el justo merecido atendiendo al mal hecho -material o moral- y a la responsabilidad). Frente a las dificultades prácticas de la teoría de la retribución, la teoría de la disuasión (que nuestro autor concibe de un modo diverso del utilitarista, y liberada de los inconvenientes de dicha postura) propone un método para la adjudicación de las penas (tales que disuadan al mayor número posible de potenciales delincuentes, pero teniendo en cuenta qué valores son los que queremos proteger más). No pretende ser esta teoría una justificación ética. Su justificación ética y su punto de partida pasarían por la aceptación de que es moralmente deseable evitar futuros delitos. No pretende ser una justificación de la pena, sino un esquema de funcionamiento del sistema de justicia penal.
- 6) Del modo de realizar sus juicios se infiere que distingue los planos de la ética personal y la ética política. No plantea una independencia absoluta entre ambas, ya que hay fuentes que en cierto sentido comparten. Pero distingue claramente entre los actos que realiza el individuo y los que la sociedad realiza como un todo²².
- 7) Concretamente -sin entrar nosotros a hacer un juicio sobre algo que no conocemos en profundidad, como el "boicot" judicial a la pena de muerte al que alude- concibe que hay modos de modificar

²¹ A modo de repaso, sirva la nota al pie en la que resumíamos el contenido de las pp. 1413-1414 del artículo *Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them?*, en el comienzo del epígrafe titulado *La justicia de los castigos según Van den Haag*.

²² Esto nos parece de capital importancia para entender lo que es la pena (que aplica la autoridad civil al delincuente).

el sistema de justicia penal injustificables, porque no siguen el camino correcto desde el punto de vista de la justa dinámica de las instituciones. Si esto fuera así, parece justa su reacción, aunque merezca matización²³.

D. Aspectos negativos de la doctrina de Van den Haag

El punto de la argumentación que nos parece más débil no necesariamente afecta a la pena de muerte. Nos referimos a la disociación entre “lo justo para el delito” y “lo justo para el delincuente”. Parece difícil aceptar que, si una pena es “injusta” para un delito, no lo sea para el delincuente que la padece por haberlo cometido. El recurso del autor a esa disociación quizá sea insalvable en su perspectiva, en la que prima el aspecto disuasorio de la pena sobre el retributivo. No identifica realmente lo justo con lo legal, pero –quizá para apoyar la teoría de la disuasión– inventa una definición de justo que permite esa identificación.

A efectos prácticos, nos parece que la solución apuntada por el autor es defendible en una sociedad libre: si “todo el mundo” percibe como injusta una ley será difícil que se mantenga.

Podría decirse que las cuestiones comentadas en el primer párrafo tienen relación con el positivismo jurídico. Ahora nos centramos en su modo de exponer la “teoría de la disuasión”, que evita los obstáculos que presentan

²³ Comprendemos, por ejemplo, que quienes piensan que la pena de muerte es intrínsecamente mala procuren, dentro de la legislación positiva en vigor, acogerse a los sentidos posibles de la ley que vayan a favor de la propia postura y hagan uso de los mecanismos que la legislación les consiente para evitar las ejecuciones. Dilucidar si los que actúan así están legitimados para ello dependerá, entre otras cosas, de la responsabilidades que tenga cada uno ante la ley, ante su propio oficio (fiscal, juez, etc.). Esta sola cuestión nos parece ilustrativa de la complejidad de problemas anejos a la cuestión en estudio.

las teorías utilitaristas, pero cae en un positivismo “científico” con dificultades casi insalvables en el ámbito metodológico. La teoría de la disuasión presentaría la gran ventaja respecto de las teorías de la retribución de que aporta un método para asignar penas adecuadas a unos objetivos. No habría problema para verificarla si esta afirmación se hubiera hecho de un modo “prudencial” –o con mayor modestia, por decirlo de otro modo-. Inicialmente Van den Haag parece pretender que la comprobación experimental es parte de la gran ventaja de la teoría de la disuasión, pero después nos encontramos con que no considera problemática la falta de comprobación estadística de la eficacia disuasoria adicional de la pena de muerte, porque cabe hacer un juicio de *sentido común*: “la amenaza de un castigo más severo debe disuadir más”²⁴.

Los argumentos que nos parecen más convincentes en contra de la postura del autor se sitúan de pleno en el campo de la ética política. Pueden parecer éstos menos “contundentes” que el mero recurso a un derecho natural inalienable a la vida, pero éste, aparte de suscitar problemas de compatibilidad con las soluciones más consensuadas que pueda haber respecto de la legítima defensa o la guerra justa, presenta el problema, no resuelto, de su delimitación.

Conrad planteaba a Van den Haag la pregunta relativa al número de ejecuciones que estaría dispuesta a tolerar la sociedad americana. No es una cuestión baladí. Porque de 20.000 homicidios anuales debe resultar una buena cantidad de asesinos con sentencia capital. (De hecho, en la *Death row* había más de mil). De modo que no parece que se logre minimizar el número con el solo discernimiento de los casos que son claramente asesinato. Al menos, no parece que se minimice tanto como para que

²⁴ Quizá no se pueda descartar que algunos o muchos estudios se hayan “preparado” para concluir lo que se quería demostrar de entrada. Pero, como preguntaba Conrad, si no vale la prueba estadística, ¿qué otra prueba se puede buscar? Quizá la solución pasaría por ponerse de acuerdo previamente en los criterios de la elaboración del estudio, y sobre lo que significarían las cifras “estadísticas” comprendidas dentro de tales intervalos y de tales otros, antes de que salgan a la luz las cifras estadísticas del estudio.

podamos admitir que sólo los veinticinco que se ejecutan cada año “merecen” realmente la pena de muerte. Esto, a nuestro juicio, constituye un problema, aunque se admitiese la licitud de la pena de muerte, porque parece indicar que la sociedad que, en las encuestas (y ocasionalmente en las urnas) se dice favorable a la pena de muerte, no lo es tanto que desee un ritmo de ejecuciones mucho mayor.

Reiman admitía que los asesinos merecen la pena de muerte. Pero comentaba, con diferentes expresiones, “que el progreso en civilización está caracterizado por una menor tolerancia ante el dolor propio y ajeno”, que “el avance en civilización supone domesticar el entorno”, pero que “otra manifestación de ese avance es que cada vez toleramos que se hagan menos cosas horribles a nuestros semejantes”, o que “en general (...) el avance de la sociedad lleva a castigos más suaves y a reglas menos absolutas”. Éstas y otras expresiones pueden tener una justificación racional difícil, pero ¿quién no se siente en cierto sentido interpelado por ellas? Se podría decir que la idea que expresan ha calado hasta tal punto en el *ethos* de las sociedades occidentales, que no hacen mella las consideraciones con las que Van den Haag procuraba quitar dramatismo a la muerte.

Al leer artículos de réplica a nuestro autor, hemos tenido la impresión de que la táctica de muchos abolicionistas consiste en centrarse en una cuestión concreta, lo que facilita al que la emplea la coherencia argumentativa, porque el campo de implicaciones es muy limitado²⁵. Así sucede a nuestro entender con Nathanson y otros autores que se centran en la cuestión de la arbitrariedad con que “necesariamente” se aplica la pena de muerte²⁶. Independientemente de que este modo de proceder responda o no a una “estrategia de conjunto”, los resultados parecen indicar que se está logrando “encajonar” la pena de muerte: “unos” han logrado que se aplique poco; otros arguyen que -puesto que se aplica poco- los ejecutados constituyen una minoría discriminada.

²⁵ Esto realza, por contraste, la figura de Van den Haag.

²⁶ Para “dirimir” esta cuestión nos parece que habría que contar con datos.

En cualquier caso, si la pena de muerte está “acorralada” en Estados Unidos, no es porque los ciudadanos piensen que es ilícita en sí, sino porque parecen pensar que *hoy* es más difícilmente justificable que antaño. Quizá antiguamente nadie se cuestionaba una medida tan drástica, pero han evolucionado muchas cosas en la entera sociedad y en las mentalidades, y esto afecta a la apreciación de la conveniencia y necesidad de la pena capital.

No obstante, en el debate americano sobre la pena de muerte, quedan en pie cuestiones como la dificultad de condenar al delincuente (Black) o la de asignar una pena justa a los delitos graves (Conrad). Tales cuestiones no preocupan sólo a los retencionistas. Cabe preguntarse hasta qué punto es seria la propuesta de sustituir la pena de muerte por la cadena perpetua. En Estados Unidos, muchos condenados a cadena perpetua gozan de libertad bajo palabra tras diez o doce años de prisión. ¿Es esto justo? Y, desde el punto de vista práctico, ¿es realista pensar que la sociedad americana dé simultáneamente el paso de la abolición y el del cumplimiento íntegro de las condenas? No tenemos elementos de juicio para resolver esta última cuestión. En cualquier caso, casi todo el mundo percibe la injusticia de tratar el asesinato como si fuese «una forma agravada de carterismo». Sobre esto, no tenemos ninguna duda.

**PARTE TERCERA:
VALORACIÓN**

CAPÍTULO ÚNICO: EL VALOR DE LA VIDA HUMANA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y PENAL

A. APORTACIONES DEL ESTUDIO

1. Recapitulación de la postura de los autores

Resulta patente a estas alturas de nuestro estudio que la pena de muerte es una cuestión que suscita debate. Precisamente por ello nos parece conveniente comentar los puntos en los que podemos encontrar ciertas afinidades entre nuestros autores, a pesar de lo diverso de sus planteamientos filosóficos, con idea de construir después nuestra argumentación sobre el fundamento de lo pacíficamente admitido.

Si al exponer la doctrina de Van den Haag sobre la pena de muerte vimos la necesidad de encuadrarla correctamente en el marco de sus planteamientos acerca del Estado, la justicia penal, el fin de las penas, etc., parece interesante procurar hacer ahora otro tanto con Niceto Blázquez. Esto presenta la dificultad de que el abulense, a diferencia de Van den Haag, no ha pretendido exponer de modo orgánico una doctrina propia sobre estas cuestiones. No obstante, pensamos que ésta se podría suplir, en cierto sentido, con la doctrina de san Agustín que Blázquez ha expuesto y que estimamos coherente con su propio pensamiento¹. En cualquier caso se trata de planteamientos clásicos en el cristianismo. Hacemos una

¹ Hay varias consideraciones que nos llevan a pensar que es razonable nuestro planteamiento: Niceto Blázquez ha elogiado a san Agustín en las obras en que trata su doctrina y -a diferencia con lo que hace cuando discrepa con los planteamientos de otros autores-, en ellas no ha criticado los aspectos que comentamos en el cuerpo del texto, aunque eso sí, los ha expuesto con un lenguaje más moderno, entendemos que para acercarlo más al lector.

recapitulación del epígrafe que titulamos *San Agustín y las penas en general*, procurando respetar la terminología que empleaba el mismo Blázquez:

El hombre es libre por naturaleza, y aunque esta libertad sea limitada, es la razón de la imputabilidad de sus actos y de que éstos puedan ser juzgados. El ser humano tiene, también por naturaleza, una dimensión social, y de hecho necesita que la sociedad lo proteja para desarrollarse armónicamente. La sociedad es necesaria para el bien común de los hombres. El gobierno y las leyes deben proteger y estimular los bienes comunes a todos los individuos de la sociedad. Como el hombre puede, voluntariamente, hacer imposible la convivencia ordenada y honesta, es una función de la sociedad establecer leyes punitivas conforme a la gravedad de los delitos. Se puede decir que el orden natural de la justicia reclama un orden jurídico de coacción al delito, y cuando esta prevención falla, porque alguien viola la ley, el orden de la justicia se salvaría en la medida en que el delito no quedara impune; es decir: hay un imperativo de orden natural que justifica la razón de ser del castigo social al servicio de la paz y del bien común, de modo que si no bastase la intervención preventiva de la autoridad ésta debe aplicar medidas represivas de carácter vindicativo y compensativo. A diferencia de otros pecados, el crimen tiene una dimensión social externa y una gravedad que constituyen su especificidad, que lo hacen digno de ser delatado y condenado², y exigen que se rinda cuenta de él ante la sociedad³. La pena es la reacción vindicativa del orden perturbado, es un imperativo de la justicia misma y tiene un carácter esencialmente expiatorio y compensatorio. Quien comete un delito elige implícitamente los trastornos que le supone el intento, por parte de la sociedad, de restablecer la justicia. El carácter vindicativo de la

² Los crímenes serían acciones externamente apreciables capaces de violar el orden social y los derechos de los demás.

³ La razón de crimen, a diferencia de la razón de pecado que sólo Dios puede sancionar, exige que aquél sea juzgado por la sociedad.

justicia es automático en el sentido de que quien, ante la ley, hace lo que no debe, sencillamente por eso merece retribución penal⁴.

Como ya hemos hecho alguna recapitulación sobre la doctrina de Van den Haag acerca de las penas al final de la parte II, sólo recordamos ahora lo mínimo necesario para mostrar las semejanzas y diferencias básicas con el pensamiento agustiniano de Blázquez.

Van den Haag, con la mente en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, afirma que el fin de los gobiernos es proteger a los ciudadanos, concretamente su vida, su libertad y su búsqueda de la felicidad. Admite la justificación retributiva de la pena, pero, en atención a la eficacia en la prevención del delito, otorga prioridad a la finalidad disuasoria. En cualquier caso la pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito, que se mide por el interés que muestra la sociedad en su prevención.

En definitiva se puede afirmar que, a pesar de tener planteamientos filosóficos bastante diversos –y dejando de lado el origen de la potestad-, tanto Blázquez como Van den Haag reconocen que los estados tienen el deber de prevenir el delito y, en su caso, de castigarlo conforme lo indica la ley (que debe ser de un modo proporcionado a la gravedad del delito).

A pesar de las afinidades comentadas en el párrafo anterior, y como puede apreciarse tras la lectura de las partes I y II, los planteamientos de nuestros autores sobre la pena de muerte son muy diversos.

⁴ Otros aspectos del pensamiento agustiniano que merecen atención son: 1) su insistencia en la moderación de los castigos (en la que experimenta una evolución hacia el rigor, como fruto de un realismo político adquirido con el paso de los años); 2) la ponderación que –según el Santo– debe hacer el juez de la voluntad del delincuente y de los daños causados por él; 3) la enseñanza de que debe castigarse sin odio al delincuente, las penas deben ser conformes con la dignidad humana, y deben buscar la enmienda y la rehabilitación; 4) es preferible que el juez se quede corto castigando, a que sea inhumano en la aplicación de la pena.

El punto de partida de Niceto Blázquez consiste en afirmar la radical ilicitud de la pena capital. Esta afirmación se fundamentaría en la revelación cristiana: contra ella la moral, las ciencias jurídicas, la historia, la sociología y la política tendrían poco que decir.

Para Van den Haag, en cambio, la licitud de la aplicación de la pena de muerte a los delitos más graves –siempre que la contemple la legislación– no ofrece dudas. Sobre esto ha habido una especie de consenso a lo largo de la historia, de las culturas, de las religiones, y de las sociedades. Nadie habría mostrado con claridad en qué se equivocaban los antiguos, ni expresado con claridad cuál es el “descubrimiento ético” que hace hoy inmoral la pena capital. En cualquier caso el procedimiento adecuado para cambiar la legislación en un país libre como Estados Unidos (ámbito de su estudio), no es otro que el legislativo, y éste pasa por la elección democrática de representantes.

2. El valor de la vida humana

Paradójicamente, el presupuesto común de dos puntos de vista tan diversos sobre la pena de muerte es la afirmación del derecho a la vida.

Aun teniendo en cuenta que el derecho a la vida ha planteado diversas cuestiones a lo largo de las épocas, la pretensión de situarlas todas al mismo nivel nos parece un tanto ficticia. La del respeto de la vida humana inocente, es indudablemente una exigencia primaria, que se ha manifestado como tal en todas las culturas⁵. Frente a ésta la cuestión ética de la condena a muerte del criminal supone un problema relativamente reciente y secundario. No tiene sentido situar al mismo nivel ético el asesinato y la pena de muerte.

⁵ Cuestiones diversas, aunque relacionadas con ésta, son tanto la de a quién se reconoce la “carta de ciudadanía”, como la de los delitos que se han juzgado dignos de la pena capital. Estos últimos han variado dependiendo de en qué cosas estima la sociedad que se “juega” la propia conservación.

Tradicionalmente el asesinato y otros delitos graves se han castigado con rotundidad: del modo que se estimaba proporcionado a la gravedad del delito. El asesinato “siempre” ha estado entre los delitos que se han castigado con la muerte; las penas asociadas a otros delitos han variado mucho con las diversas culturas y sistemas políticos⁶.

Que el asesinato, como hacía notar Van den Haag, haya sido una constante entre los delitos castigados con la pena capital, ilustra el juicio moral que éste ha merecido a lo largo de las diversas culturas: el más firme rechazo. Por ello no carece de importancia el significado simbólico al que aludía Van den Haag, cuando hacía recuento de los pocos casos de asesinato que acababan en Estados Unidos con la ejecución del condenado⁷. El aspecto simbólico de la pena de muerte adquiriría a sus ojos especial relevancia, precisamente porque ésta expresa de un modo claro la ruptura existente en la artificiosa “continuidad” de los castigos. ¿Por qué, si no hay una continuidad en la “escala” de delitos, tiene que haberla en la de castigos?, ¿cómo se expresan entonces, desde el punto de vista retributivo, los saltos abismales existentes en la gravedad entre unos y otros? ¿Cómo se concibe que por el asesinato se pueda sufrir una condena semejante a la que se sufriría por un delito económico, por grave que éste sea? ¿Cómo se señala entonces el valor de la vida? ¿Hasta qué punto se puede decir que la vida representa la cúspide de los valores que protege el ordenamiento jurídico?

Puede decirse que a lo largo de la segunda mitad del siglo XX hemos asistido en muchos países del mundo occidental a una despenalización de los delitos contra la vida. En unos casos ha sido una despenalización formal -como en el caso del aborto o en el de la eutanasia-, de modo que la nueva

⁶ Aparte de los delitos que se hayan juzgado en atención a su influjo ideológico-político, resulta patente que la gravedad del daño realizado con el delito y su trascendencia social son determinantes en cómo afecte éste a la paz social y, en definitiva, en el modo con que la autoridad debe empeñarse en su prevención y castigo.

⁷ Unos veinticinco al año.

legislación se proponía expresamente, si no un cambio en la tipificación como delito, sí una anulación de las consecuencias jurídicas derivadas de él para quien lo cometiese. En otros casos, como en el asesinato, no se puede hablar de una despenalización en sentido jurídico, pero sí de una reducción de las consecuencias penales del mismo para el criminal. Estos cambios jurídicos, aparte de las consecuencias que tengan en la difusión de determinadas conductas, reflejan cambios muy notables en la actitud del legislador ante la vida humana: como diría Van den Haag, con sus disposiciones el legislador está declarando que la vida se ha "abaratado". En el caso de la derogación de la pena de muerte debe procurarse que la abolición no constituya en sí -ni suponga- una depreciación del valor de la vida. ¿Pero cómo?

A diferencia de otros delitos, el asesinato pone en crisis el cimiento de la entera sociedad, porque supone la violación de la norma más básica y fundamental de la justicia y de la convivencia. Antiguamente, en la prevención de delitos graves -acaso porque la captura revistiese un carácter ocasional- el acento recaía sobre la gravedad de la pena. Hoy, quizá porque el Estado cuenta con unos medios que le permiten capturar a la mayoría de los asesinos, el aspecto preventivo que se subraya es el policial: la pronta detención del criminal. No hay por qué optar por uno u otro modo de disuasión -sostenía Van den Haag-, porque no son alternativos, sino que pueden reforzarse mutuamente. En cualquier caso es razonable pensar que el crimen se banalizaría, como de hecho sucede, si la pena aparejada fuese pequeña.

Ha habido épocas en las que la subsistencia de algunos criminales ha puesto en peligro la existencia de la sociedad. Quien se acoge al mito del progreso indefinido, como hace Conrad, puede confiar en que esas circunstancias no se pueden dar ahora en ninguna parte del mundo, ni se darán en el futuro. Con dicho planteamiento cabe vestir los juicios "tradicionales" sobre la pena de muerte con el sambenito de un cínico intento de compaginar los principios éticos fundamentales con algo -la

pena capital- que se considera injustificable⁸. Pero el progreso indefinido al que aludía Conrad es -en el mejor de los casos- un juicio “ideológico-prudencial” que nadie está obligado a emitir si no tiene datos que apunten en esa dirección.

3. *Culpable e inocente*

En el pacífico disfrute del derecho a la vida Niceto Blázquez no hace distinciones, y considera arbitraria e injusta la distinción entre inocente y culpable que ética y derecho han hecho a lo largo de la historia.

Quizá Niceto Blázquez no se plantea muchos de los problemas que se debaten en Estados Unidos⁹, porque no lo consiente lo radical de su propia postura o porque no lo exige el “consenso abolicionista” que parece existir en el panorama europeo -sea político, jurídico o teológico-. Por otra parte el teólogo ha evitado explícitamente tratar «la casuística derivada de los conflictos bélicos»¹⁰ y «los casos que se enjuician a la luz del principio de la legítima defensa»¹¹. Delimitando de este modo el problema se minimiza el esfuerzo de coherencia argumentativa.

Van den Haag conoce bien la naturaleza heterogénea de las diferentes posturas éticas, jurídicas, sociológicas, psicológicas, criminológicas,

⁸ Niceto Blázquez hace un juicio semejante sobre los que han intentado compaginar cristianismo y pena capital.

⁹ Algunos de estos problemas -quizá de un modo menos patente- también se dan en Europa: asesinatos que se castigan con penas muy mitigadas; condenados que cometen delitos graves cuando están de permiso penitenciario, etc. A nuestro juicio la argumentación de Niceto Blázquez es excesivamente teórica. Da la impresión de que se concede el lujo de una perspectiva “apriorística” (la radical ilicitud de la pena de muerte) que no es fruto de una realidad incontestable, sino más bien de un consenso histórico -sea éste conyuntural o definitivo-.

¹⁰ *Pena de muerte*, p. 7.

¹¹ *Ibidem*.

ideológicas (...), que se aglutinan bajo la bandera del abolicionismo¹². En las obras de Van den Haag asistimos al intento de romper este “frente”, ya sea mostrando la coherencia de la propia argumentación con el planteamiento de base del interlocutor, ya sea mostrando la discrepancia entre dicho planteamiento de base y los de otros abolicionistas. También combate, cuando la detecta, la falta de coherencia interna del contrincante singular. En este sentido nos parece que Van den Haag tiene el mérito de afrontar numerosos argumentos, conservando en su discurso una coherencia interna notable.

Pero, aparte de señalar el evidente contraste entre Niceto Blázquez y Van den Haag, en relación con la pena de muerte, ¿qué otros aspectos son dignos de atención?

Cabe señalar que no basta “afirmar” un derecho para que éste sea respetado por la entera sociedad. No basta ni siquiera “acotarlo” convenientemente desde el punto de vista ético. Además hay que procurar su defensa efectiva. Nos encontramos ante la ineludible cuestión del ordenamiento jurídico y de la autoridad civil.

En el párrafo anterior están implícitos muchos de los problemas a los que nos aboca la afirmación de derechos civiles, y concretamente el derecho a la vida. Es, sin duda, la defensa efectiva del derecho a la vida la que lleva a distinguir radicalmente no sólo entre inocente y culpable, sino –en el caso de la guerra- entre aliado y enemigo. ¿Puede afirmarse absolutamente el derecho a la vida, haciendo abstracción de estas consideraciones¹³? ¿Hasta qué punto una afirmación tan indiferenciada es realista en estos u otros campos de la actividad humana, como la medicina? ¿Hasta qué punto,

¹² Como vimos en el epígrafe titulado *La pena de muerte como moralmente mala e inhumana*, para algunos abolicionistas, como Bedau, la razón de mal de la pena de muerte no estribaría tanto en que se mata a una persona, como en que esto se hace sin su consentimiento: implícitamente se afirma la primacía de la libertad (entendida de modo absoluto) sobre la vida. Se trata de un planteamiento abolicionista bien diverso del que pueda sustentar un católico.

¹³ Inocente/culpable; aliado/enemigo.

como señalaría Van den Haag, una afirmación tan absoluta es coherente con una visión trascendente de la vida?

Van den Haag hace hincapié en la necesidad de que los gobiernos velen por los derechos de los ciudadanos. En esa tarea –la principal del gobierno– se juega su legitimidad la autoridad pública. Es decir: no puede dejar de atender esta obligación, y ha de procurar hacerlo con eficacia.

Puede decirse que en algún momento de la historia o de la prehistoria los individuos empezaron a delegar en la justicia pública su derecho a defenderse. En ese sentido “no hay marcha atrás”, y cualquiera percibe que un “retorno” a la justicia privada supondría un notabilísimo retroceso en civilización –entre otras cosas porque resulta patente que “nadie es buen juez en causa propia”-. Es positivo que la justicia penal esté en manos de la autoridad pública, que representa a la sociedad como un todo. De este modo se salvan las gravísimas dificultades que tiene el procurar “tomarse la justicia por cuenta propia”. Sería lamentable que el ciudadano no investido en autoridad judicial se viese avocado a hacer la justicia penal.

4. La finalidad de las penas

Precisamente en este último punto se percibe en la literatura norteamericana una preocupación que va más allá de la polémica sobre la pena capital, y que a nuestro juicio es *pars dolens*. Muy relacionado con él está la cuestión de la justicia de las penas que se aplican realmente a los delitos graves. En definitiva se percibe que, en muchísimos casos, las penas no están cumpliendo los fines que desde el punto de vista especulativo se les atribuyen. Autores con puntos de vista muy diversos ven que el sistema penal no funciona correctamente: que las penas que se aplican no expresan la gravedad del delito, no rehabilitan, no disuaden, etc.

A nuestro juicio esta problemática refleja la insuficiencia, desde el punto de vista teórico, de acogerse a un solo fin de la pena. Si se pone el énfasis en la rehabilitación, hay que tener en cuenta que precisamente los asesinos son generalmente poco reincidentes; si se subraya la justicia, no hay que olvidar

que en los demás delitos la pena suele exceder la “cuantía” del mal material que el delincuente hizo; etc. Quizá se pueda decir que en cada caso la pena debe mirar más a algún aspecto que a otro. No obstante, parece razonable pensar que si hubiese que optar por un aspecto “para todos los casos” habría que tomar una doble opción, como hace Van den Haag: en cada caso concreto la pena debe ser justa; pero la pena que disuade a otros busca en cierto sentido una justicia más perfecta, porque previene el delito. En esta segunda afirmación nos separamos parcialmente de Van den Haag, porque él habla de la disuasión en términos de eficacia y no de justicia.

En el mundo católico no es difícil encontrar a quien da por descontado que el fin principal de la pena es la rehabilitación. Esto puede parecer casi exigido desde la perspectiva de la Redención. No obstante, ya desde esa misma perspectiva cabría señalar que sólo quien es capaz de entender que es justo que se le castigue por su delito está realmente abierto a una verdadera rehabilitación¹⁴. En cualquier caso, al trasladarnos a la perspectiva civil, no podemos olvidar que escapa a la autoridad el juicio sobre un verdadero arrepentimiento del delincuente: a lo más que podría llegarse es a obtener una declaración del reo en ese sentido. Por lo demás, no parece que la mera falta de reincidencia en el asesinato después de la liberación pueda interpretarse “espiritualmente” como una rehabilitación. Independientemente del valor de las reflexiones que acabamos de apuntar, desde el punto de vista doctrinal cabe recordar -como hacía Blázquez- que ya Pío XII subrayó la importancia del aspecto vindicativo de la pena. Por último, y sin ánimo de hacer una exposición exhaustiva sobre los fines de las penas, vemos que tanto la visión agustiniana de Blázquez como el planteamiento disuasorio de Van den Haag, conceden una gran importancia a la prevención del delito por parte de la autoridad.

Antes de apartarnos -momentáneamente- de esta cuestión, queremos hacer una breve referencia al papel que juega la educación ética en la

¹⁴ Hay quienes piensan, como Scalia o Van den Haag, que a veces un excesivo confort en la cárcel no facilita la reflexión sobre el mal que uno ha hecho.

prevención del delito¹⁵. Como recordará el lector, en el debate entre Conrad y Van den Haag se pusieron de manifiesto sus diversos pareceres sobre la importancia de la dimensión educativa de las penas. Van den Haag le concedía un peso importante. En cambio Conrad subrayaba el influjo positivo que puede tener la educación recibida en el seno de la familia, de modo que ésta desempeña en el aprendizaje del comportamiento legal por parte de los individuos un papel mucho más importante que el derecho penal. Esta afirmación de Conrad no reviste especial dificultad¹⁶. Pero una vez más parece interesante señalar que educación familiar y dimensión educativa de las penas no tienen por qué verse como cuestiones contrapuestas. En cambio parece muy difícil –y aquí Van den Haag puso el dedo en la llaga– atinar con el tipo de política que se puede fomentar para que –de hecho– la familia aporte la educación ética que hará de los hijos ciudadanos honrados. En este punto Van den Haag señalaba a Conrad que la política de las ayudas económicas a familias con pocos recursos no había logrado reducir la delincuencia.

5. Los obstáculos para la realización de la justicia penal y para el control del delito

Retribucionistas y utilitaristas discrepan sobre el fin de la pena y sobre si ésta es un bien o un mal¹⁷. Nos parece un tanto artificial una extrema

¹⁵ Nos parece que –de cara a las reflexiones que queremos hacer– la importancia de dicha educación no requiere justificación.

¹⁶ También señalamos en su momento que penalistas como Enrique Cury, aun defendiendo principalmente la finalidad preventiva de la pena, conceden a ésta un papel muy secundario como mecanismo de control social, frente a lo que él llama sistemas informales de control social.

¹⁷ Pensamos que se pueden aplicar a las discusiones sobre los fines de la pena, la idea expresada por Guitton, acerca de actitudes mentales que deforman la realidad de las cosas: «Una consiste en confundir lo que sería necesario unir sin violentar y sin mezclar; la otra consiste en disociar lo que bastaría con

separación de los fines de la pena. La razón de ser de la pena es el delito, esto es patente, pero hay que admitir la dificultad filosófica de exponer la razón de bien que sostiene la pena, sobre todo si el interlocutor no tiene una visión trascendente de la vida. Quizá haya que admitir que la justificación de las penas -aparte del hecho de su presencia en todas las culturas-, tiene una cierta componente de misterio¹⁸. La pena responde a un mal y supone materialmente un mal, pero formalmente es un bien, porque mira a corregir la injusticia realizada con el delito. Esta incompreensión del *carácter positivo* de la pena, que en su vertiente personal pasa sin duda por la aceptación de ésta por el reo, desempeña a nuestro juicio un papel muy importante en cómo se castiga actualmente el delito.

Hay quienes, como Van den Haag, dan mucha importancia a los obstáculos con que se encuentra la justicia penal. No son obstáculos de índole *física*. Hoy la policía cuenta con más medios que nunca para investigar y para detener a los delincuentes. También ha mejorado la seguridad de las instalaciones penitenciarias.

Aun así, en Estados Unidos muchos autores concuerdan en que, en general, es muy difícil condenar a un delincuente. Los obstáculos son, principalmente, de tipo jurídico e ideológico. Están relacionados con reglas que se han ido acuñando para garantizar los derechos del ciudadano ante el sistema de justicia penal que lo juzga; luego su razón de ser es positiva. Otra cuestión es si se emplean de un modo que hace de ellas obstáculos para la realización de la justicia, porque se han llevado hasta un extremo poco razonable¹⁹. Este es un asunto que supera los límites de nuestro

discernir»: GUITTON, J. *La existencia temporal*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1956 [tit. or.: *L'Existence Temporel*] traducción de Edmundo Concha, p. 95.

¹⁸ Empleamos aquí el término *misterio* en sentido teológico.

¹⁹ No siempre se trata de una regla de naturaleza *esencialmente* distinta de las de otros ordenamientos jurídicos. La regla de la exclusión de la prueba tiene figuras más o menos equivalentes en los ordenamientos europeos, que prevén la invalidez de la prueba ilícita. Parece que en el caso norteamericano las

trabajo, pero que no puede dejar de mencionarse, porque influye en que se pueda llegar a la condena del criminal, y en que se le aplique una pena que se adecúe a la gravedad del delito que cometió.

Una vez dictada la sentencia, aun suponiendo que sea definitiva porque no se haya apelado o porque se hayan agotado las instancias de apelación, el condenado sometido ya a la autoridad penitenciaria puede contar con medidas que mitigan la pena, como reducciones de condena, permisos penitenciarios, etc.

Si se admite la premisa de que la pena debe adecuarse a la gravedad del delito, cabe preguntarse si es justo -y si ayuda a la prevención del delito- un modo de proceder que en muchísimas ocasiones minimiza las consecuencias jurídicas que el delito acarrea a quien lo cometió. En definitiva es la pregunta de a quién protege primordialmente el sistema de justicia penal: porque si el sistema no consiente al ciudadano tomarse la justicia por su mano -prohibición fundamental para la justicia y la paz social- y no castiga convenientemente los delitos que se cometen contra los ciudadanos, el ciudadano honrado está desprotegido y está en clara desventaja. Resulta utópico pensar que situaciones de este tipo se pueden arrastrar pacíficamente y de modo indefinido. De hecho, a problemas de este clase responde la existencia de lo que en Estados Unidos se llama *vigilantes* (grupos de particulares que aplican castigos físicos, etc., a delincuentes que no han sido castigados por la justicia penal), o -en el ámbito europeo- la existencia de bandas que han luchado contra el terrorismo al margen de la ley. En cierto sentido estos fenómenos muestran que el sistema de justicia fallaba en la prevención y condena de los delitos más graves.

Van den Haag, en *Punishing Criminals* (1975), daba a entender que no hacían falta en Estados Unidos penas más duras que en Japón, pero sí una mayor regularidad y seriedad en la aplicación de las mismas. Con esto nos pareció percibir una incipiente apertura de nuestro autor a una posible

consecuencias legales de estas reglas suelen ser más acusadamente favorables al reo.

sustitución de la pena de muerte con una cadena perpetua en sentido estricto. Esto, debemos reconocerlo, es una conclusión personal a la que llegamos durante la elaboración del capítulo dedicado a los obstáculos para la realización de la justicia penal en Estados Unidos. No pretendemos dar mayor valor a esta conjetura. Contra ella tenemos que las declaraciones de Van den Haag que pudieran apuntar en aquella dirección no las hemos visto tan claramente reflejadas en obras posteriores. Tendemos a pensar que quizá nuestro autor no avanzó en esa dirección por la repetida experiencia de que crímenes gravísimos no llevaban aparejadas, a efectos prácticos, condenas superiores a diez o doce años. Esa es nuestra interpretación de su aferrarse al significado simbólico de la pena de muerte.

Podría expresarse de modo resumido todo lo anterior afirmando que una política penal que en realidad no castiga los atentados contra la vida con el rigor que merecen, es una política radicalmente injusta que incentiva el homicidio.

6. Los obstáculos para la abolición de la pena de muerte

Es bien sabido que Juan Pablo II manifestó su interés porque se llegase a un consenso que permitiese la abolición de la pena de muerte²⁰. Este deseo del Romano Pontífice constituye un poderoso estímulo para la reflexión.

Teniendo en cuenta las semejanzas culturales existentes entre Europa y Estados Unidos²¹, puede resultar un poco llamativo que no se haya llegado a una total abolición de la pena de muerte en el país americano, más aún si en un sector amplio que cuenta con apoyo intelectual se entiende la abolición como un signo de “progreso”.

A nuestro entender sobre la pena de muerte se han hecho afirmaciones que no responden a la realidad, y que por tanto fallan como explicaciones,

²⁰ Cfr. JUAN PABLO II, *Homilía en San Luis* (Estados Unidos), 27-I-1999, en *Insegnamenti* 22/1 (1999), p. 269.

²¹ Sobre todo si se comparan entre sí y con otras áreas geográficas.

sea del porqué de su apoyo por parte de los ciudadanos estadounidenses, sea de la *malicia* de la pena de muerte.

Hay un sector del abolicionismo –podemos pensar en Conrad, Bedau o Schwarzschild²²– que procura transmitir la idea de que la pena de muerte es algo propio de los sistemas dictatoriales. Puede que en la opinión pública europea tenga lugar esta asociación mental entre pena de muerte y dictadura, porque en Europa ha habido dictadores en la segunda mitad del siglo XX. En cualquier caso el recuerdo de los totalitarismos nazi y comunista perdura: así lo veía Van den Haag. Pero la experiencia general del súbdito estadounidense es bien diversa: “siempre” ha existido la pena de muerte para el asesinato, y el ciudadano “nunca” se ha sentido sometido a un gobierno dictatorial, luego la supuesta “necesaria relación” entre pena de muerte y dictadura no le resulta evidente.

¿Puede identificarse el apoyo que la pena capital tiene en Estados Unidos con una generalizada sed de venganza? Esta es una explicación demasiado sencilla, aunque si sustituyésemos el término venganza por justicia podríamos estar cerca de la realidad. Hay abolicionistas que, desde un punto de vista teórico, proponen la sustitución de la pena de muerte por la cadena perpetua, o por largas condenas de reclusión²³. Admiten, implícitamente, que es injusto que un asesinato lleve aparejada una condena de sólo siete, diez o doce años de prisión, casos que se producen con cierta frecuencia.

Que las condenas estén muy mitigadas tiene una vertiente de injusticia, y otra de ineficacia preventiva. Con respecto de esta última resulta llamativo –como señaló Van den Haag– que algunos abolicionistas insistan en que no está demostrada la eficacia disuasoria de la pena de muerte, y admitan, a la vez, que seguirían oponiéndose a la pena de muerte en el

²² Cfr. SCHWARZSCHILD, H., *The Death Penalty. A Social and Moral Atrocity*, en “ABA Journal”, 71 (April 1985), p. 40.

²³ Desde un punto de vista teórico, porque de hecho *cadena perpetua* no significa necesariamente que el recluso pase muchos años en la cárcel.

supuesto de que ésta evitase miles de asesinatos. No está muy claro qué derecho a la vida quieren defender, porque no señalan qué camino podría seguirse para que, efectivamente, los que asesinan cumplan condenas de prisión largas. Esta ambivalencia del abolicionismo, que protege la vida del asesino pero no concreta su defensa de la vida del inocente, constituye un obstáculo no pequeño para la abolición de la pena de muerte en Estados Unidos.

Es comprensible que al ciudadano de la calle le preocupe en primer lugar la seguridad de quien es respetuoso con los demás y con la entera sociedad, y que la protección de la vida del asesino ocupe un lugar un tanto secundario en sus prioridades. En diversas ocasiones Van den Haag ha dado a entender que los principales obstáculos que existen hoy para la realización de la justicia penal no son de tipo material, sino que proceden de amalgamar con la ideología abolicionista los principios jurídicos²⁴. Puede que haya países realmente pobres en los que resulte difícil, desde el punto de vista económico, mantener en prisión durante periodos largos a quienes han cometido graves delitos. En estas naciones podría surgir la disyuntiva de aplicar condenas alternativas a la prisión o reducir ésta a periodos relativamente breves. Pero en sentido estricto el problema en el mundo occidental parece ser otro: es un problema de voluntad política²⁵.

Van den Haag hacía referencia a los planteamientos ideológicos que transmiten la idea de que la condición de delincuente se deriva casi

²⁴ Evidentemente hay casos en los que la pena de cárcel que cumple efectivamente el asesino no se corresponde con la gravedad de su delito porque no se ha probado alguno de los extremos de los que dependía un veredicto más desfavorable. Pero esto es algo coyuntural. En este tipo de situaciones, si son realmente fortuitas, no hay nada que responda a una postura ideológica.

²⁵ No pretendemos minusvalorar los gastos que suponen las instalaciones penitenciarias, pero nos parece que, en países tan desarrollados económicamente como los de Europa occidental o norteamérica, las largas condenas de cárcel no deberían ser algo inviable: es decir, nos parece que si en estos países no se condenan más delitos graves con penas largas, no es por una razón económica.

necesariamente de sus circunstancias sociales. Nos parece que, efectivamente, esos influjos ideológicos han hecho cierta mella en las sociedades occidentales, y queda un resto de visión del delincuente como víctima –al menos en cierto sentido– de la sociedad. Esto, que puede ser real en algunos casos y en cierta medida, explica que, como reacción, se haya concedido al delincuente una protección que el ciudadano corriente considera excesiva.

Puede que haya quien, en general, considere como progreso todo cambio hacia la mitigación del castigo. Reiman afirmaba que para poder considerar positiva una reducción en la dureza de los castigos había que ponderar si lo que se gana en “civilización” compensa los males derivados de dicha reducción. Reiman ponía concretamente las condiciones de que la reducción del rigor de las penas no hiciera menos seguras las vidas de los ciudadanos ni supusiera castigar con menos justicia. A nosotros el planteamiento de Reiman nos sugiere la siguiente reflexión: si no se procura que el sistema de justicia penal castigue con rigor los crímenes –especialmente los más graves–, no se puede hablar realmente de progreso ni en seguridad, ni en justicia.

En ese sentido, no nos parece que el deseo de Juan Pablo II deba interpretarse como una *concesión* al abolicionismo, entendido éste no como un movimiento circunscrito a la voluntad de abolir la pena de muerte, sino –con una aspiración más amplia– como una corriente ideológica que pretende, entre otras cosas, negar la responsabilidad del delincuente y, en algunos casos, hacer un *uso alternativo del derecho*: algo así como una herramienta para hacer justicia social²⁶. Por lo que respecta a esto último, si la sociedad no ha encomendado a los jueces –a través del ordenamiento

²⁶ Sobre el interés de Gramsci por extender el influjo del marxismo en la sociedad occidental a través de la Universidad y de la magistratura, cfr. FAZIO, M., *Storia delle idee contemporanee*, 2ª ed., Edizioni Università della Santa Croce, Roma 2005, pp. 180-181.

jurídico- la tarea de dirimir sobre la *justicia social*, no son competentes para ello; y si se arrogan esa competencia cometen un abuso²⁷.

Por otra parte, nos parece que pocas veces se cae en la cuenta de que si se quiere crear el consenso al que aspiraba Juan Pablo II, hay que mantener un diálogo. Este diálogo -al menos hoy en Estados Unidos- es ineludible. Puede objetarse la dificultad de encontrar los interlocutores "autorizados", pero en un nivel modesto, a través de la literatura, cabe entablar una suerte de diálogo que permite conocer cuáles son las objeciones del interlocutor y cuáles son los obstáculos que impiden llegar a una solución compartida. Teniendo en cuenta que la pena de muerte ha existido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos hasta hace relativamente poco, no parece razonable pensar que el retencionista no tenga nada sensato que decir. En Europa el abolicionismo ha logrado triunfar de un modo aplastante. Como no sólo se eliminó la pena de muerte, sino que ha llegado a asumirse como normal que un asesinato se castigue con sólo unos años de prisión, cabe señalar que, mientras la abolición manifiesta un interés por la vida del asesino, esta extrema reducción de las penas por el asesinato pone de relieve una clara devaluación de la vida del inocente. Si la abolición como tal admite una valoración positiva en el marco de la *cultura de la vida*, la reducción de las condenas por asesinato supone una banalización de éste y, por tanto, una manifestación de la *cultura de la muerte*: este carácter ambivalente del abolicionismo respecto de la vida presenta claras manifestaciones en autores como Bedau, como tuvimos ocasión de comprobar. No es difícil descubrir en su pensamiento la idea de que el valor jurídico fundamental, de un modo más radical que la vida, es la libertad; un planteamiento semejante tienen otros abolicionistas estadounidenses. Quizá por ello tampoco se persigue, a efectos prácticos, que las condenas de prisión por asesinato sean realmente alternativas a la

²⁷ Nos parece conveniente señalar la importancia que tiene para la justicia en el ámbito político que cada instancia no exceda la esfera de sus competencias. Van den Haag señalaba en ese sentido las extralimitaciones que observaba en el Tribunal Supremo.

pena capital: esto es, tan largas que señalen una total ruptura con otros delitos graves²⁸.

Nos parece que Van den Haag transmitía bien una idea que está hoy en la mente de muchos ciudadanos: a tenor de cómo se castiga hoy el delito, el crimen es rentable, y casi resulta sorprendente que no haya más delincuencia aún. Salvo que se tengan firmes convicciones morales merece la pena delinquir. No tiene nada de extraño que el crimen prolifere.

Independientemente de la responsabilidad que tengan los padres en la educación ética de los hijos (dirección en la que apuntaba Conrad), el Estado no puede asumir que todos los ciudadanos son honrados. El ordenamiento jurídico prevé esta *frecuente eventualidad*; procura prevenirla y ordena su castigo: podemos decir que la mayor responsabilidad en la prevención del delito corresponde al Estado y a los agentes del sistema de justicia penal.

B. LA PERSPECTIVA DEL MAGISTERIO

1. *El Magisterio reciente sobre la pena de muerte*

Nos dispodemos a seguir nuestro discurso abordando el Magisterio reciente sobre la pena de muerte²⁹. Sin duda el interés mediático que

²⁸ Entendemos que en una concepción que valore jurídicamente más la libertad que la vida, cualquier pena de prisión pueda considerarse excesiva.

²⁹ Exposiciones sintéticas pero lo suficientemente completas sobre la *doctrina* de la Iglesia sobre la pena de muerte se pueden encontrar en GÜNTHÖR, A., *Chiamata e risposta. Una nuova teologia morale*. III, nn. 487-489, pp. 555-557 y en RODRIGUEZ LUÑO, Á., *La responsabilità verso la vita del prossimo* (disponible en [http://www. eticaepolitica.net/corsodimorale/Giustizia10.pdf](http://www.eticaepolitica.net/corsodimorale/Giustizia10.pdf). [Mayo 2006]), pp. 7-10 y 12-13; esta segunda obra tiene la ventaja de estudiar los documentos magisteriales más recientes (*Catecismo de la Iglesia Católica* -edición de 1992 y «Editio Typica» vigente-, encíclica *Evangelium vitae*, discursos de Juan Pablo II).

suscitan las afirmaciones de la Iglesia sobre la cuestión se debe a las posturas tan encontradas que sobre la misma hay en la sociedad. El debate es importante, pero no debe impedirnos leer correctamente, con amplitud de miras, los documentos. Concretamente, quien sólo preste atención a la voluntad de la Iglesia de contribuir hoy a la abolición de la pena de muerte corre el riesgo de dejar de lado la enseñanza que, sobre las penas en general, contienen los mismos documentos que fueron «noticia», y por tanto no reflexionará sobre sus implicaciones.

Enumeramos algunos elementos de juicio que se deben tener en cuenta en la valoración ética de la pena de muerte, al hilo de la síntesis que hace el Prof. Rodríguez Luño del Magisterio sobre la cuestión³⁰: 1) el *Catecismo* del Concilio de Trento y algunos pontífices han considerado lícita la pena de muerte. 2) La primera edición del *Catecismo* de la Iglesia Católica la contempló en el marco de la legítima defensa, y afirmó su licitud en casos de extrema gravedad, pero añadiendo que si bastaban medios incruentos para defender la vida humana del agresor y para proteger el orden público y la seguridad de las personas, la autoridad se limitara a estos medios, porque responden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes a la dignidad de la persona humana. 3) La Carta Encíclica *Evangelium vitae* constata el desarrollo de una sensibilidad, tanto dentro como fuera de la Iglesia, contraria a la pena de muerte, que pide la reducción de su aplicación o incluso su abolición; aclara que la cuestión hay que enmarcarla en una justicia penal que se conforme cada vez más a la dignidad del hombre y al designio de Dios sobre el hombre y la sociedad; señala que reparar el desorden introducido por la culpa es el primer fin de la pena, indicando que es tarea de la autoridad pública reparar los derechos personales y sociales, a través de la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen, como condición para ser readmitido al ejercicio de la propia libertad. Así la autoridad alcanza también el objetivo de preservar el orden público y la seguridad de las personas, a la vez que ofrece al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse. Para ello hay

³⁰ Cfr. *La responsabilità verso la vita del prossimo*, pp. 8-10.

que prestar atención a la medida y calidad de la pena, y no se debe llegar a la medida extrema de la muerte del reo salvo en casos de absoluta necesidad (cuando la defensa de la sociedad no fuese posible de otro modo). Hoy estos casos de absoluta necesidad apenas se darían debido a las mejoras de la organización de la justicia penal. 4) La nueva redacción del *Catecismo* (1997), adecuada a las enseñanzas de la *Evangelium vitae*, reconoce en principio la licitud de la pena de muerte en el número 2267, conforme a la doctrina tradicional de la Iglesia, poniendo como condición la certeza absoluta de la culpabilidad del reo y que no exista otro modo de defender eficazmente la vida humana. Hoy el Estado cuenta con medios para reprimir eficazmente el delito, incapacitando al delincuente de modo que no pueda dañar, pero sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse. Serían muy raros los casos –prácticamente inexistentes– en los que hay necesidad absoluta de suprimir al reo. 5) Juan Pablo II renovó su llamada a que se cree un consenso para abolir la pena de muerte, que es cruel e inútil, y veía un signo de esperanza en el creciente reconocimiento de que la dignidad de la vida humana no debe negarse nunca, tampoco a quien ha hecho el mal.

Para dar continuidad a nuestra argumentación nos centraremos en algunas de las ideas que acabamos de recoger.

La complejidad de la cuestión se pone de manifiesto por la diversidad de realidades implicadas: la justicia penal; la dignidad de la persona humana; el designio de Dios sobre el hombre y la sociedad; el bien común; los fines de la pena; la autoridad pública y su obligación de proteger con el derecho penal los derechos de los ciudadanos y de la sociedad, así como de velar por el orden público y la seguridad de la personas; la rehabilitación del reo; etc.

Pensamos que no pecamos de optimistas si afirmamos que la mayoría de estas realidades están en la mente de la generalidad de los gobernantes. Obviamente no hay que perder de vista que no se puede hoy presuponer una visión trascendente por parte de la persona constituida en autoridad política. Pero hecha esta salvedad –que puede tener implicaciones muy

importantes-, lo que por ahora queremos subrayar es que la *Evangelium vitae* dedica una deliberada atención a las cuestiones jurídico-políticas³¹. De este modo se muestra como un instrumento muy útil para la reflexión sobre la justicia política y para el diálogo con las instancias de la sociedad civil. Precisamente por ello parece importante prestar atención a la enseñanza implícita sobre los fines del Estado y de las penas.

En la Encíclica se enseña de un modo patente que la primera finalidad de la pena es la retributiva (reparar el desorden introducido por la culpa). La pena debe imponer al reo una adecuada expiación por el crimen, que repare los derechos personales y sociales. La existencia de las penas tiene otras dimensiones positivas: contribuir a preservar el orden público y la seguridad de las personas; ofrecer al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse³². Para la consecución de todos estos objetivos es importante prestar atención a la medida y calidad de la pena.

La insistencia en la importancia del aspecto más directamente relacionado con la justicia no es nueva en el Magisterio, y Blázquez nos recordaba que Pío XII señaló que el aspecto vindicativo no se puede dejar de lado, sino que tiene un papel esencial en la pena: no cabe reducir la pena a su fin *medicinal*, fin que no viene estorbado por el aspecto vindicativo, porque éste invita al reo a la reflexión sobre la culpa y el desorden de su conducta, invitándole a convertirse³³.

³¹ Como señaló M. Rhonheimer la *Evangelium vitae* sigue una línea de argumentación ético-política. Cfr. RHONHEIMER, M., *Derecho a la vida y estado moderno. A propósito de la «Evangelium vitae»*, Rialp, Madrid 1998, p. 12.

³² Se puede establecer un cierto paralelismo con la finalidad de las penas que hemos estudiado: contribuir a preservar el orden público (prevención o disuasión) y la seguridad de las personas (incapacitación); ofrecer al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse (rehabilitación).

³³ La cuestión de la conversión del delincuente refleja la importancia de los capellanes de las cárceles. Los autores suelen reconocer que el porcentaje de los reclusos que se rehabilitan es pequeño, y que no se sabe como puede inducir la autoridad penitenciaria este tipo de cambios.

La observación sobre la medida y calidad de la pena nos sugiere una atención a la gravedad y especificidad del delito³⁴. Si la liberación del asesino tras un periodo breve de cárcel podría *justificarse* en atención a los bajos índices de reincidencia, la insistencia previa -ya señalada- en el aspecto retributivo de la pena hace que desechemos esa interpretación. No sabemos si con la referencia a la calidad de la pena *Evangelium vitae* quiere sugerir sólo la posibilidad de modalidades de castigo diversas de la reclusión, o si hace referencia también a diversas modalidades del cumplimiento de la condena (régimen de aislamiento, inaccesibilidad a la disminución de la pena, etc.).

En cualquier caso, nos parece que esta insistencia en polarizar nuestra atención hacia el cumplimiento efectivo de los fines de las penas, viene avalada por la entera redacción del punto 2266 de la edición actual del *Catecismo*: «a la exigencia de tutela del bien común corresponde el esfuerzo del Estado para *contener la difusión de comportamientos lesivos de los derechos humanos y de las normas fundamentales de la convivencia civil*. La legítima autoridad pública tiene el *derecho y el deber* de aplicar *penas proporcionadas a la gravedad del delito*. La pena tiene, ante todo, la finalidad de reparar el desorden introducido por la culpa (...) en la medida de lo posible, debe contribuir a la enmienda del culpable»³⁵. Evidentemente el *Catecismo* ha hecho un esfuerzo de realismo, no sólo en el sentido de que condiciona el valor expiatorio de la pena a su aceptación voluntaria por parte del culpable, sino porque da a entender -*se sabe*- que no siempre la pena contribuye a su enmienda.

Podemos decir que todo lo anterior encierra una enseñanza de la Iglesia sobre los delitos y las penas *en general*; se puede decir lo mismo de la aspiración a que la justicia penal se conforme cada vez más a la dignidad del hombre y al designio de Dios sobre el hombre y la sociedad. Esto último (la atención al designio de Dios sobre el hombre y sobre la sociedad)

³⁴ Cfr. *Evangelium vitae*, n. 56.

³⁵ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2266 (Los énfasis son nuestros).

presenta varias dificultades: en el orden práctico es patente el alto grado de secularización de la sociedad; a nivel especulativo cabe enfatizar sea el aspecto temporal, sea el aspecto escatológico de ese designio; y en cada caso se puede centrar la atención bien sobre el reo, bien sobre la sociedad. En definitiva nos parece que sólo un adecuado enfoque puede contribuir a que se afronten correctamente estas dificultades.

En las cuestiones que venimos tocando, el diálogo con una sociedad secularizada puede llevarse a cabo porque la tendencia vindicativa –la tendencia a exigir justicia– está fortísimamente arraigada en el alma humana³⁶, y el cristianismo tiene a la vez una gran sensibilidad respecto de la justicia, y un respeto a la legítima autonomía de las realidades temporales –concretamente a la autoridad civil–. Así, la atención a la justicia –y concretamente a la justicia penal– no es una cuestión baladí para la Iglesia. No es algo que, sin más, se pueda resolver apelando a la caridad o al perdón. Tampoco es algo que se pueda o se deba siempre resolver haciendo abstracción de las sensibilidades existentes en la sociedad.

Evangelium vitae constata el desarrollo de una sensibilidad, tanto dentro como fuera de la Iglesia, contraria a la pena de muerte, que pide la reducción de su aplicación o incluso su abolición. Bien es cierto que esta sensibilidad no está igualmente desarrollada en todos los países, pero queríamos subrayar esa atención de la Iglesia al *sentir* de los ciudadanos.

Mencionábamos antes que el *Catecismo* en el número 2267 admitía la licitud de la pena capital en continuidad con la doctrina tradicional de la Iglesia, pero subrayando la necesidad de lograr una *certeza absoluta* acerca de la culpabilidad del reo y poniendo la condición de que no haya otro modo de defender con eficacia la vida humana, de manera que la medida extrema de la muerte del reo sólo se justificaría en casos de absoluta

³⁶ Como hace ver C.S. Lewis, una muestra de ello es que nos surge de modo espontáneo la necesidad de interpelar a quien se porta de modo injusto, aunque sea en cuestiones de poca trascendencia. LEWIS, C.S., *Mero Cristianismo*, Rialp, Madrid 1995, p. 29 [tit. or.: *Mere Christianity*, 1942]. Versión en español realizada por Verónica Fernández Muro.

necesidad: cuando la defensa de la sociedad no fuese posible de otro modo. Podemos afirmar que la *evolución* de la *postura* de la Iglesia no manifiesta un cambio en los principios morales, sino que responde a la evolución de la sociedad, particularmente a los cambios en la sensibilidad ante la pena capital y en los medios disponibles para la prevención y castigo de las acciones contra la vida³⁷. Estos últimos parecen constituir la condición última de la que depende que la pena de muerte sea justa³⁸.

Con relación a esto nos parece necesario insistir en la siguiente idea: la *distancia* que media entre los medios teóricamente disponibles (cadena perpetua, condenas largas de prisión, etc.) y la realidad de las penas que se aplican tiene que ser objeto de reflexión. Es decir, no es conveniente detenerse sólo o principalmente en los aspectos especulativos, porque sin una atención a la realidad práctica ni se puede elaborar un trabajo teológico-moral, ni se puede hablar de política.

En este sentido, en repetidas ocasiones hemos considerado la injusticia que supone que delitos gravísimos como el asesinato sean castigados con condenas muy reducidas que no guardan relación con la gravedad del crimen. Dejando de lado los casos en los que esto es fruto de aspectos circunstanciales (disponibilidad de la prueba, etc.), la generalización de la mitigación de los castigos hace que nos preguntemos hasta qué punto hoy hay penas alternativas a la pena de muerte: penas que expresen de modo inequívoco que la vida humana inocente merece un respeto muy superior al que merecen el resto de valores que la sociedad desea proteger. Penas que hagan patente, ante el individuo y ante la entera sociedad, que hay un salto abismal entre el asesinato –o la eliminación, en general, de la vida de un ser humano inocente– y cualquier otro delito. Si no es así, si las penas que se aplican al asesinato no se corresponden con la gravedad de éste, podemos decir abiertamente que se han banalizado los atentados contra la

³⁷ Cfr. *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2267.

³⁸ Con la expresión *condición última*, sólo pretendemos señalar que ocupa el último lugar respecto de todos los requisitos anteriores: v.g.: que el delito sea grave, que esté demostrado que el reo es culpable del delito, etc.

vida: que en su ordenamiento jurídico-penal la sociedad responde con tibieza a la cultura de la muerte.

2. *Hacia una nueva perspectiva*

La reflexión acerca de todos los problemas y cuestiones planteados a lo largo del presente estudio nos empuja a afirmar la necesidad de superar aquellas perspectivas abolicionistas que propugnan una lógica de *perdonismo* ante el criminal, lógica que -aparte de ser profundamente incompatible con la doctrina de la Iglesia sobre los delitos y su *corrección* a través de las penas- es incompatible con una visión de la autoridad civil que se oriente hacia la promoción del bien común político³⁹.

Junto con el aborto y la eutanasia, el asesinato es el atentado más patente contra el derecho fundamental de la vida. Desde el punto de vista político el asesinato constituye, de un modo más evidente, un atentado contra la paz, y por ello no se plantea abiertamente su despenalización: se percibe que ésta quebrantaría directamente aquel *bien común fundamental* de la sociedad. Pero las ideologías que -como el marxismo de Gramsci- se proponían la sustitución de los valores de la sociedad cristiana por sus propios valores, entendieron que un lugar privilegiado para los cambios de mentalidad era alterar la praxis jurídico-penal: cuando se operan cambios importantes en lo que castiga la autoridad, se acaba produciendo una variación en la percepción ética del delito. Los ideólogos captaron la trascendencia de la dimensión educativa de la pena y -en la medida en que se lo consentían las circunstancias- actuaron en consecuencia.

Independientemente del peso que se quiera dar a las consideraciones recién apuntadas, es necesario recordar que es tarea del Estado «contener la

³⁹ Entendemos que el afán por reducir las condenas puede encontrar un cierto eco en algún sector del cristianismo que no comprenda que también la *equitas (iustitia dulcore misericordiae temperata)* debe aplicarse -valga la expresión- con epiqueya. Entre el *fiat iustitia, pereat humanitas* y el *fiat iniustitia, pereat humanitas*, está la recta comprensión de la justicia y de la humanidad.

difusión de comportamientos lesivos de los derechos humanos y de las normas fundamentales de la convivencia civil»⁴⁰, que «la legítima autoridad pública tiene el derecho y el deber de aplicar penas proporcionadas a la gravedad del delito»⁴¹, y que «la pena tiene, ante todo, la finalidad de reparar el desorden introducido por la culpa»⁴². Estas afirmaciones sobre el delito y las penas muestran, por parte de la Iglesia, no sólo una atención sensible a las lógicas propias de las instituciones civiles, sino un verdadero interés porque éstas cumplan su cometido, que pertenece al designio que Dios tiene sobre el hombre y la sociedad.

Las enseñanzas de la Iglesia están llamadas siempre a actuar como fermento, como principio inspirador. En las cuestiones de justicia, y concretamente de justicia penal, *Evangelium vitae* y el *Catecismo* contienen principios jurídicos válidos para todos los tiempos, principios que, como el del respeto a la vida, deben recobrase para que la sociedad responda al designio divino. Una lectura atenta de estos documentos, abierta a la reflexión por parte del jurista, del legislador, del miembro del sistema del justicia penal -también del filósofo y del teólogo-, puede sin duda contribuir a *recuperar* para la sociedad el compromiso con la vida, haciendo una defensa de ésta firme, justa y humana.

En ese sentido quisiéramos acabar estas líneas señalando que el primer compromiso de justicia -y de supervivencia- de la sociedad es con la protección de la vida humana inocente. Este compromiso de justicia, que se ha reconocido desde tiempo inmemorial en todas las culturas, queda patente también en la redacción de *Evangelium vitae*. El documento, inmediatamente después de tocar lo relativo a la pena de muerte, afirma: «si se pone tan gran atención al respeto de toda vida, incluida la del reo y la del agresor injusto, el mandamiento “no matarás” tiene un valor absoluto

⁴⁰ *Catecismo de la Iglesia Católica. Elenco de correcciones*, n. 2267.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

cuando se refiere a la persona inocente»⁴³. En los seis párrafos del número 57 de la Encíclica, se insiste de un modo u otro en esta idea, enfatizándola continuamente con las expresiones *persona inocente*, *vida humana inocente* y *ser humano inocente*. El respeto absoluto que merece la vida humana inocente está al alcance de las inteligencias de todos los hombres de buena voluntad, independientemente de su contexto religioso, cultural o ideológico. Este es el verdadero punto de partida de un diálogo sincero acerca de la pena de muerte: un punto básico y firme, asequible a todos, que permite construir sólidamente, de modo que la abolición de la pena de muerte no signifique, para nadie, un cierto desprecio por el valor sagrado de la vida humana.

La afirmación práctica del respeto por la vida humana inocente pasa por el ordenamiento jurídico y, concretamente, por el ordenamiento penal: sólo castigando de un modo firmísimo los delitos graves contra la vida del ser humano inocente podemos intentar hacer una justicia humana. La pena específica por el asesinato sólo puede ser una respuesta adecuada a la gravedad del crimen si marca de modo tajante la diferencia que existe entre este delito y otros; diferencia que se traduce también en el firme empeño porque sean efectivos los fines de la pena, de modo que ésta en primer lugar haga justicia de modo que *obligue* al criminal a reflexionar sobre el mal que hizo, y que prevenga eficazmente a los potenciales asesinos -por los *inconvenientes adicionales* que la pena por asesinato comporta para el reo-, etc. El día en el que el valor sagrado de la vida humana inspirase verdaderamente el sistema público-penal, y en el que los delitos contra la vida fuesen castigados de forma congruente con ese valor fundamental sin necesidad de recurrir a la pena de muerte, sería evidente para todos que la pena capital es innecesaria, y se lograría fácilmente un consenso generalizado para su abolición. Ha llegado el momento de estudiar qué obstáculos se pueden remover, para crear efectivamente las condiciones que hagan posible la deseada abolición de la pena de muerte. Crear esas

⁴³ Carta Encíclica *Evangelium vitae*, n. 57.

condiciones es el desafío ético y jurídico que el problema de la pena capital nos plantea.

BIBLIOGRAFÍA

1. OBRAS DE NICETO BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ¹

San Agustín contra la pena de muerte, en "Arbor" 354 (1975), pp. 55-65.

La pena de muerte según san Agustín, Editorial Augustinus Revista, Madrid 1975.

Pena de muerte y derecho a la vida, en "Arbor" 388 (1978), pp. 447-455.

Los derechos del hombre. Reflexión sobre una crisis, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1980.

La dignidad humana en la declaración universal de los derechos humanos, en "Cuadernos de Filosofía", 4 , Instituto de Filosofía de Madrid, Madrid 1982. Publicado también en "Studium" 22 (1982), pp. 107-128.

La pena de muerte según Santo Tomás y el abolicionismo moderno, en "Revista Chilena de Derecho" 10 (1983), pp. 277-316.

La pena de muerte y los derechos del hombre, en "Studium" 23 (1983), pp. 17-45.

¹ Las ordenamos cronológicamente.

Los tratados sobre la Ley Antigua y Nueva en la «Summa Theologiae», en “Scripta Theologica” (1983), pp. 421-467.

Introducción a la filosofía de San Agustín, Instituto Pontificio de Filosofía, Madrid 1984.

La pena de muerte. Lectura crítica del pensamiento de Santo Tomás, en “Moralia”(1985), pp. 107-128.

Estado de derecho y pena de muerte, Editorial Noticias, Madrid 1989.

El Catecismo y la pena de muerte, en “Studium” 33 (1993), pp. 205-235.

La ley natural, en «Comentarios a la “Veritatis Splendor”», a cargo de Del Pozo Abejón, G., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1994.

Pena de muerte, San Pablo, Madrid 1994.

La pena de muerte, en «Comentario interdisciplinar a la “Evangelium Vitae”» (Lucas Lucas, R., ed.) , Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1996, pp. 403-418.

BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ, N., PASTOR GARCÍA, L.M., Bioética fundamental, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1996.

Bioética, menopausia y pena de muerte, en “Studium” 39 (1999), pp. 509-521.

Bioética. La nueva ciencia de la vida, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 2000.

2. OBRAS DE ERNEST VAN DEN HAAG

On Deterrence and the Death Penalty, en "The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science" 60 (1969) n. 2, pp. 141-147; este artículo es la versión revisada del publicado poco antes con el mismo título en "Ethics" 78 (july 1968), pp. 280-288.

Deterrence and the Death Penalty: A Rejoinder, en "Ethics" 81 (1971), pp. 74-75.

Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question, Basic Books, New York 1975.

Author's Reply, en "The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science" 67 (1976), pp. 501-502.

No Excuse for Crime, en "The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences" 423 (January 1976), pp. 133-141.

Bring Back the Death Penalty?, (entrevista a Louis B. Schwartz y Ernest Van den Haag) en "U.S. News and World Report", 19-IV-1976, pp. 37-38.

In Defense of the Death Penalty: A Legal-Practical-Moral Analysis, en "Criminal Law Bulletin" 14 (January/February 1978), pp. 51-68.

The Collapse of the Case against Capital Punishment, en "National Review", 31-III-1978, pp. 395-407.

Comment on Fox's Review of Punishing Criminals, en "American Journal of Sociology" 84 (January 1979), n. 4, pp. 994-995.

Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate, en "Rutgers Law Review" 33 (1981), pp. 706-720.

Comment on "Challenging Just Deserts: Punishing White-collar Criminals", en "The Journal of Criminal Law & Criminology" 73 (1982), pp. 764-768.

- The Criminal Law as a Threat System*, en "The journal of Criminal Law & Criminology" 73 (1982), pp. 769-785.
- Reply to Dr. John Braithwaite*, en "The journal of Criminal Law & Criminology" 73 (1982), pp. 794-796.
- Could Successful Rehabilitation Reduce the Crime Rate?*, en "The journal of Criminal Law & Criminology" 73 (1982), pp. 1022-1035.
- For the Death Penalty* en "The New York Times", 13-X-1983, A21.
- VAN DEN HAAG, E., CONRAD, J. P., *The Death Penalty. A Debate*, Plenum Press, New York 1983.
- Against Natural Rights*, en "Policy Review" 23 (winter 1983), pp. 143-175.
- The Lex Talionis Before and After Criminal Law*, en "Criminal Justice Ethics" 2 (winter 1983), pp. 2 y 62.
- Reply, (to Professor Johnson)*, en "Justice Quarterly" 1 (December 1984), pp. 580-584.
- The Death Penalty. The death penalty vindicates the law*, en "ABA Journal" 71 (April 1985), pp. 38, 40 y 42.
- New Arguments Against Capital Punishment*, en "National Review", 8-II-1985.
- Refuting Reiman and Nathanson*, en "Philosophy & Public Affairs" 14 (Spring 1985) n. 2, pp. 165-176.
- The Death Penalty Once More*, en "University of California-Dawis Law Review" 18 (summer 1985), pp. 957-972, recogido en *The Death Penalty in America: Current Controversies* (Bedau, H.A., ed.), Oxford University Press, Reprint 1998, pp. 445-455.
- The Neoclassical Theory Of Crime Control*, en "Criminal Justice Policy Review" 1 (1986) n. 1, pp. 91-109.

The Ultimate Punishment: A Defense, en "Harvard Law Review" 99 (1986), pp. 1662-1669.

Can Any Legal Punishment of the Guilty Be Unjust to Them? en "The Wayne Law Review" 33 (1987), pp. 1413-1421.

Why Capital Punishment, en "Albany Law Review" 54 (1990), pp. 501-514.

Le finalità specifiche della sanzione penale, en "Biblioteca della Libertà" XXVI (aprile-giugno 1991), pp. 35-50.

LEDEWITZ, B., VAN DEN HAAG, E., *The Morality of Capital Punishment: An Exchange*, en "Duquesne Law Review" 29 (1991), pp. 719-731. (La parte de Van den Haag ocupa las pp. 727-731).

For Capital Punishment, en "Israel Law Review" 25 (1991) n. 3-4, pp. 460-465.

Reflections on Punishment, en "Criminal Law Bulletin" 36 (2000), pp. 328-330.

Rejoinder to Professor Acker, en "Criminal Law Bulletin" 36 (2000), pp. 335-336.

3. MAGISTERIO DE LA IGLESIA SOBRE EL DERECHO PENAL Y LA PENA DE MUERTE

Pío XII

Alla Unione Medico-Biologica «San Luca». I fondamenti e le norme della morale cristiana per l'esercizio della missione sanitaria. 12-XI-1944, en "Discorsi e radiomessaggi di Sua Santità Pio XII", VI, Sesto anno di pontificato, 2 marzo 1944 - 1 marzo 1945, Tipografia Poliglotta Vaticana, pp. 183-196.

Allocutio Iis qui interfuerunt Conventui primo internationali de Histopathologia Systematis nervorum Romae habito, 13-IX-1952, AAS 44 (1952), pp. 779-789.

Nuntii radiophonici, Iis qui interfuerunt VI^a Conventui internationali de Jure poenali, 8-X-1953, AAS 45 (1953), pp. 730-744.

Nuntii radiophonici, Iis qui interfuerunt VI^a Conventui nationali Sodalim Consociationis ex iuris peritis catholicis Italiane, agens in prima parte de via quae ducit hominem ad reatum culpae et penae, in altera vero de statu culpae et penae, 5-XII-1954, AAS 47 (1955), pp. 60-71.

Nuntii radiophonici, Iis qui interfuerunt VI^a Conventui nationali Sodalim Consociationis ex iuris peritis catholicis Italiane, agens in tertia et ultima parte de liberatione a statu culpae et penae, 5-II-1955, AAS 47 (1955), pp. 72-85.

Juan Pablo II

Carta Encíclica Evangelium Vitae (25-III-1995), AAS 87 (1995), pp. 401-522.

Catecismo

Catecismo de la Iglesia Católica, Asociación de Editores del Catecismo, Madrid 1993.

Catechismus Catholicae Ecclesiae, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1997.

Catecismo de la Iglesia Católica, Asociación de Editores del Catecismo, Bilbao 2000.

Recopilaciones de textos magisteriales

DENZINGER, H., HÜNERMANN, P., *El Magisterio de la Iglesia. Enchiridion Symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, versión española de la 38ª edición alemana, Herder, Friburgo-Barcelona 1999.

4. ESCRITOS ÉTICOS, SOBRE DERECHO A LA VIDA, ÉTICA POLÍTICA, DERECHO PENAL, ETC.

CICCONE, L., *La vita umana*. Ares, Milano 2000.

BEDAU, H. A., *The Death Penalty as a Deterrent: Argument and Evidence*, en "Ethics" 80 (April 1970), pp. 205-217.

BEDAU, H. A., *Objections to the Death Penalty from the Moral Point of View*, en "Revue Internationale de Droit Pénal" 58 (1987), pp. 557-565.

BRAITHWAITE, J., *Comment on "The Criminal Law as a Threat System"* en "The journal of Criminal Law & Criminology" 73 (1982), pp. 786-789.

BRAITHWAITE, J., *Reply to Dr. Ernest Van Den Haag* en "The journal of Criminal Law & Criminology" 73 (1982), pp. 790-793.

BRASIELLO, U., *Voz: Sistema delle pene (Diritto romano)*, en "Nuovo Digesto Italiano", Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1940, volume XII, p. 1ª sen-tas, pp. 340-343.

CURY URZUÁ, E., *Derecho Penal, parte general*, Tomo I, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1992.

- DULLES, A., *Catholicism & Capital Punishment*, en "First Things" (april 2001), pp. Disponible también en <http://.firstthings.com/index.html>. [Noviembre 2005].
- GÜNTHÖR, A., *Chiamata e risposta, una nuova teologia morale*, III, 3ª ed., Roma 1984, [tit. or.: *Anruf und Antwort. Eine neue Moraltheologie. Band 3*].
- LEWIS, C.S., *Mero Cristianismo*, Rialp, Madrid 1995, [tit. or.: *Mere Christianity*, 1942]. Versión en español realizada por Verónica Fernández Muro.
- NATHANSON, S., *Does It Matter If the Death Penalty Is Arbitrarily Administered?*, en "Philosophy & Public Affairs" 14 (Spring 1985) n. 2, pp. 149-164.
- REIMAN, J. H., *Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Haag*, en "Philosophy & Public Affairs" 14 (spring 1985), n. 2, pp. 115-148.
- RHONHEIMER, M., *Perché una filosofia politica? Elementi storici per una risposta*, en "Acta Philosophica" (1992) vol. 1, fasc. 2, pp. 233-263.
- RHONHEIMER, M., *Derecho a la vida y estado moderno. A propósito de la «Evangelium vitae»*, Rialp, Madrid 1998.
- RHONHEIMER, M., *La perspectiva de la moral*, Rialp, Madrid 2000, [tit. or.: *Die Perspektive der Moral. Grundlagen der philosophischen Ethik*, 1994].
- RODRÍGUEZ LUÑO, Á., *Ética general*, quinta edición corregida, Eunsa, Barañáin 2004.
- RODRÍGUEZ LUÑO, Á., *Cittadini degni del vangelo (Fil 1, 27). Saggi di etica politica*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma 2005.
- RODRIGUEZ LUÑO, Á., *La responsabilità verso la vita del prossimo*, disponible en <http://www.eticaepolitica.net/corsodimorale/Giustizia10.pdf>. [Mayo 2006].

- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*. B.A.C., Madrid.
- SCALIA, A., *God's Justice & Ours*, en "First Things" 123 (may 2002), pp. 17-21. Disponible también en <http://www.firstthings.com/index.html>. [Noviembre 2005].
- SCHWARZCHILD, H., *The Death Penalty. A Social and Moral Atrocity*, en "ABA Journal", 71 (April 1985), pp. 38, 40 y 42.
- SCHWARTZ, L. B., *Bring Back the Death Penalty?*, (entrevista a Louis B. Schwartz y Ernest Van den Haag) en "U.S. News and World Report", 19-IV-1976, pp. 37-38.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
STATUS QUAESTIONIS.....	3
NUESTRO ESTUDIO	4
FUENTES Y MÉTODO.....	5
ESQUEMA DE LA TESIS.....	7
PARTE PRIMERA: LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA PENA DE MUERTE EN NICETO BLÁZQUEZ.....	11
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I. ARGUMENTACIÓN TEOLÓGICA (I): SAGRADA ESCRITURA, TRADICIÓN, MAGISTERIO.....	15
A. La pena de muerte y la Sagrada Escritura.....	15
1. La pena de muerte en el Antiguo Testamento.....	15
2. La pena de muerte en el Nuevo Testamento	16
3. Observaciones	16
B. La época patristica.....	17
1. La pena de muerte hasta San Agustín	17
a) San Juan Damasceno.....	18
b) San Atanasio	18

c) San Juan Crisóstomo.....	18
d) Lactancio	19
e) San Ambrosio	20
2. San Agustín y la pena de Muerte	22
a) San Agustín y las penas en general.....	23
b) Contexto socio-jurídico en la época de san Agustín.....	33
c) Textos agustinianos deprecativos contra la pena de muerte.	34
d) Textos polémicos interpretativos agustinianos sobre la pena de muerte.	39
e) Conclusiones del autor sobre la pena de muerte en la doctrina agustiniana.	46
3. Observaciones	48
C. Magisterio.....	49
1. El Magisterio particular.	50
a) Concilios particulares de la Iglesia	50
b) Magisterio de obispos	51
c) El «movimiento abolicionista episcopal»	53
2. Magisterio de concilios de la Iglesia universal y de Romanos Pontífices.	58
a) Magisterio de Concilios	58
b) Magisterio de pontífices	59
3. Magisterio Universal reciente	63
a) El <i>Catecismo</i> . Redacción inicial.	64
b) La Carta Encíclica « <i>Evangelium vitae</i> ».....	70
c) El <i>Catecismo</i> tras las correcciones.....	77
4. Observaciones	78
CAPÍTULO II. ARGUMENTACIÓN TEOLÓGICA (II): AUTORES POSTERIORES	
A LA ÉPOCA PATRÍSTICA.	83
A. Los precursores de la postura tomista.	83
1. Ivón de Chartres.....	84
2. Graciano	86
3. Pedro de Poitiers.....	87
4. Alano de Lille	88
5. Crítica de Niceto Blázquez a estos autores.....	91
B. Santo Tomás y la pena de muerte.	93

1. La pena de muerte en caso de herejía	93
2. La pena de muerte contra los cismáticos.....	94
3. La pena de muerte contra los malhechores.....	94
4. No es lícito a la persona particular decretar la pena de muerte.....	96
5. Inviolabilidad de la vida humana inocente.....	96
6. Pena de muerte y ejercicio del ministerio sacerdotal.....	97
7. Observaciones críticas de Blázquez a la tesis de santo Tomás.	99
C. Francisco de Vitoria	107
1. Pena de muerte contra herejes y cismáticos.....	108
2. Argumentación relativa a la Sagrada Escritura y a san Agustín.	108
3. La pena de muerte contra los perniciosos sociales y la postura del Beato Duns Escoto.	109
4. Respuesta de Francisco de Vitoria a la postura de Escoto	110
5. Respuesta a matizaciones escotistas.....	113
6. El pensamiento de Vitoria sobre la pena de muerte	113
7. Origen de la autoridad para decretar la pena de muerte.....	115
8. Crítica de Blázquez a la argumentación de Francisco de Vitoria	116
D. Teología abolicionista postconciliar	119
1. Bernard Häring	120
2. Karl Hörmann	122
3. Marciano Vidal.....	123
4. Antonio Beristain	123
5. Francesco Compagnoni.....	124
6. Antonio Hortelano.....	125
7. Bernardino M. Hernando	126
8. Ignacio Schinella	127
9. Giacomo Perico	128
10. Eduardo López Azpitarte	129
E. Observaciones	130
CAPÍTULO III. ARGUMENTACIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA.	133
A. Introducción	133
B. Cesare Beccaria	133

C. Declaraciones de diversos organismos e instituciones	136
1. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre.....	136
2. El Pacto internacional de derechos civiles y políticos	136
3. Los derechos de los condenados a muerte	140
4. Pena de muerte y terrorismo.....	141
5. Declaraciones de Amnesty International	142
a) La Declaración de Estocolmo contra la pena de muerte.....	142
b) Declaración sobre las ejecuciones extrajudiciales	143
c) Declaración sobre la participación de personal sanitario en la pena de muerte	144
D. Pensamiento del autor: la pena de muerte en relación con los derechos humanos.	146
1. «Pena de muerte y derecho a la vida»	147
2. «Los derechos del hombre»	149
3. «La dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos».....	153
4. «Nuevo planteamiento del problema»	156
E. Observaciones	160
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES	163
A. Resumen de la doctrina del autor y de las observaciones realizadas	163
B. Valoración personal	166
 PARTE SEGUNDA: LA ARGUMENTACIÓN SOBRE LA PENA DE MUERTE EN ERNEST VAN DEN HAAG	 167
INTRODUCCIÓN.....	169
A. Nota biográfica.....	169
B. Sobre la bibliografía	171
CAPÍTULO I. EL ESTADO Y LA JUSTICIA PENAL	173
A. El fin del Estado	173

B. Definición y fines de la pena.....	176
1. Definición de la pena.....	176
2. Los fines de la pena	178
a) Rehabilitación	180
b) Incapacitación.....	181
c) Retribución (justicia)	182
i. La justicia en el castigo.....	182
ii. La cuestión de la medida de la justicia	183
d) Disuasión	186
i. La analogía económica	186
ii. Críticas a la teoría de la disuasión.....	190
iii. La respuesta a la crítica filosófica de la disuasión.....	191
iv. La justificación de la retribución y de la disuasión.....	194
3. Fines de la pena y su prioridad relativa	195
C. Los fines de la pena y el fin del sistema de justicia penal	197
1. Incapacitación y rehabilitación.	198
2. Disuasión.....	199
CAPÍTULO II. VAN DEN HAAG Y LAS TEORÍAS QUE PRETENDEN EXPLICAR LAS CAUSAS DEL DELITO.....	
A. La imitación social	201
B. La teoría de la tensión	202
C. La teoría del control.....	203
D. Las teorías como explicaciones parciales.....	204
E. Los tipos de criminales según Van den Haag	207
1. Delincuente profesional y delincuente ocasional.....	207
a) El crimen como carrera.....	207
b) Delincuentes “no profesionales”.....	209
2. Tipos de delincuentes desde el punto de vista psicológico	211
CAPÍTULO III. VAN DEN HAAG FRENTE A LAS TEORÍAS QUE NIEGAN EL ASPECTO RETRIBUTIVO O EL DISUASIVO DE LA PENA.....	
A. Ferri y el ambiente social	215
B. Condiciones sociales y sanciones legales	218

1. Pobreza y resentimiento	219
a) Pobreza.....	219
b) Resentimiento	222
2. Shuman y Quinney	224
3. Los índices de criminalidad en la población de color.....	227
C. Enfermedad y delito	231
1. El determinismo general.....	232
2. Causa y compulsión	234
3. ¿Requiere racionalidad la disuasión?.....	235
4. Certeza y severidad	237
5. La susceptibilidad ante la disuasión	238
6. De la criminalidad de origen genético a la de origen social	241
7. La enfermedad como término moral	242
CAPÍTULO IV. OBSTÁCULOS A LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL EN ESTADOS UNIDOS	247
A. Índices de delincuencia, armas y reforma social	247
1. Índices de delincuencia	247
2. Armas	248
3. Reforma social	249
B. La ineficacia del sistema de justicia penal.....	251
1. La realidad de las penas.....	254
2. Retrasos	256
3. La regla de la exclusión de la prueba.....	261
4. Plea bargaining.....	262
5. Tribunales federales y del estado	264
6. Delincuentes jóvenes	265
7. Necesidad de reformas	266
8. Cómo abordar las reformas	268
CAPÍTULO V. LA PENA DE MUERTE Y LAS TEORÍAS DE LA DISUASIÓN.....	271
A. Introducción	271
B. Los fines de la pena y la pena de muerte: Pena de muerte y teorías de la disuasión.....	272
1. La necesidad de la pena de muerte	272
2. La disuasión. Recapitulación.....	273

3. El efecto disuasorio adicional de la pena de muerte.....	274
C. El debate sobre la disuasión	276
1. Los crímenes pasionales.....	276
2. Los cambios sociales y el escepticismo frente a la disuasión.....	278
3. Las estadísticas	279
a) El estudio de Sellin	279
b) El estudio de Ehrlich.....	281
c) El “dilema” de Van den Haag y la retribución.....	283
d) La prueba del efecto disuasorio adicional.....	284
4. El sentido común como alternativa a la prueba estadística.....	286
5. El abolicionismo radical y la eficacia de la disuasión.....	287
6. Condiciones del efecto disuasorio de la pena de muerte.....	289
7. Los casos especiales	289
8. El posible castigo del inocente	291
9. La teoría de la disuasión y la tortura	293
10. El método estadístico de Bedau	294
11. La postura de Conrad sobre la disuasión.....	295
a) La psicología del delincuente.....	296
b) Retribución y disuasión	297
c) Pobreza y culpabilidad.....	299
CAPÍTULO VI. PENA DE MUERTE, RETRIBUCIÓN Y RETRIBUCIONISMO.	303
A. La pena de muerte como retribución.....	303
1. Introducción	303
2. El justo castigo.....	304
3. Las religiones y la pena de muerte.....	304
B. Van den Haag contra la postura de Conrad	306
1. Compatibilidad de retribución e intimidación.....	307
2. La dimensión educativa de la pena de muerte.....	308
3. El postulado retribucionista de la simetría	309
4. La pena considerada como un mal.....	310
5. Ley del talión y pena de muerte	314
6. Expiación y restitución en el sistema de justicia penal.....	315
7. El postulado retribucionista de la escala continua de penas	316
C. El abolicionismo moderado de Jeffrey H. Reiman	317

1. La ley del talión y el retribucionismo proporcional.....	318
2. Ley del talión y justicia penal.....	319
3. Justicia y tolerancia del castigo.....	320
D. Crítica de Van den Haag a la postura de Reiman	323
1. La retribución	323
2. La función de la ley del talión.....	324
3. Responsabilidad y retribución	325
4. La disuasión.....	325
5. Teoría de la retribución y teoría de la disuasión	326
CAPÍTULO VII. DISCUSIÓN DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS CONTRA	
LA PENA DE MUERTE.....	329
A. La pena de muerte como algo ilícito	329
1. La “santidad de la vida”	329
2. La pena de muerte como moralmente mala e inhumana.....	332
3. El derecho inalienable a la vida	336
4. La regla de oro.....	341
B. Significados de la pena de muerte y de su abolición.....	342
1. La venganza y la pena de muerte.....	342
2. El significado simbólico de la abolición.....	348
3. El significado simbólico de la pena de muerte	350
C. Los casos de aplicación injusta y discriminatoria.....	356
1. Los casos de injusta aplicación.....	356
2. Los casos de aplicación discriminatoria	359
a) La discriminación y los asesinos.....	359
b) La discriminación y víctimas.....	360
D. Pena, pasión y crimen	361
1. Beccaria, el embrutecimiento y la disuasión comparativa.....	361
2. Los crímenes de pasión.....	364
3. El asesino como perturbado	365
E. Otros argumentos.....	366
1. La pena de muerte es poco útil	366
2. La abolición de la pena de muerte en otros países.....	367

CAPÍTULO VIII. EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE MUERTE	371
A. Introducción	371
B. La Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos	373
1. Cruel en sentido moral.....	374
2. Sentidos jurídicos del término “cruel”	376
a) “Cruel” en relación a la disuasión.....	376
b) “Cruel” en relación con la retribución	377
3. Inusual.....	379
C. Los casos de aplicación discriminatoria y la Decimocuarta Enmienda.	382
1. La discriminación injustificada.....	383
2. La disponibilidad de pruebas	384
3. Justicia e igualdad.....	385
4. La cuestión moral esencial sobre la discriminación.....	386
D. Las posturas de Conrad y Nathanson.....	388
1. Conrad.....	388
2. Nathanson.....	389
CAPÍTULO IX. RECAPITULACIÓN.....	391
A. La justicia de los castigos según Van den Haag	391
B. Breve resumen de su postura acerca de la pena de muerte	398
C. Aspectos positivos de la doctrina de Van den Haag.....	399
D. Aspectos negativos de la doctrina de Van den Haag	401
PARTE TERCERA: VALORACIÓN.....	405
CAPÍTULO ÚNICO: EL VALOR DE LA VIDA HUMANA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y PENAL	407
A. APORTACIONES DEL ESTUDIO.....	407
1. Recapitulación de la postura de los autores.....	407
2. El valor de la vida humana.....	410

3. Culpable e inocente	413
4. La finalidad de las penas	415
5. Los obstáculos para la realización de la justicia penal y para el control del delito	417
6. Los obstáculos para la abolición de la pena de muerte	420
B. LA PERSPECTIVA DEL MAGISTERIO	425
1. El Magisterio reciente sobre la pena de muerte.....	425
2. Hacia una nueva perspectiva	432
BIBLIOGRAFÍA	437
1. OBRAS DE NICETO BLÁZQUEZ FERNÁNDEZ.....	437
2. OBRAS DE ERNEST VAN DEN HAAG	439
3. MAGISTERIO DE LA IGLESIA SOBRE EL DERECHO PENAL Y LA PENA DE MUERTE.....	441
4. ESCRITOS ÉTICOS, SOBRE DERECHO A LA VIDA, ÉTICA POLÍTICA, DERECHO PENAL, ETC.	443
ÍNDICE	447