

El mandato “no matarás” como norma jurídica, norma moral, norma religiosa y uso social

María José Falcón y Tella

1 INTRODUCCIÓN

La convivencia pacífica en sociedad de la especie humana se articula, entre otras, por las normas jurídicas, las normas morales, las normas religiosas y los usos sociales. De estos tres órdenes normativos sólo el primero es realmente coactivo –se cumple por las buenas o por las malas, imponiéndose una sanción penal subsidiaria en el caso de incumplimiento de la conducta prescrita o realización de lo prohibido.¹ Los castigos son diferentes: *cumplimiento de lo ordenado o sanción sustitutoria –en la norma jurídica-*, *castigo intangible o ultraterreno –en la Moral y en la Religión-* y *comentario o exclusión del grupo social –en los usos sociales-*. A nosotros aquí el que nos ocupará será el primero de ellos, pues los otros dos en sentido estricto no son sanción, al menos no sanción jurídica.

Pueden distinguirse varios apartados referidos a conceptos no del todo equivalentes y que, sin embargo, a menudo se confunden terminológicamente. Estos bloques temáticos son:

María José Falcón y Tella é professora titular de Filosofía del Derecho e Directora del Instituto de Derechos Humanos na Universidad Complutense de Madrid.

Texto anotado de la ponencia presentada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, el 13 de junio de 2006, en unas Jornadas sobre “responsabilidad penal”, dirigidas por el profesor Ángel Sánchez de la Torre en la Sección de Filosofía del Derecho de dicha Academia. Sobre el tema de la responsabilidad y la sanción, ver, recientemente: María José Falcón y Tella, Fernando Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Prólogo de Antonio García-Pablos, Madrid, Marcial Pons, 2005. Recensionado por María Eugenia Pérez Montero en el *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid*, vol. 6, 2005, pp. 790-798; y por Ana Valero Fernández de Palencia en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid*, 2, 2005. Hay traducción de la obra al inglés, *Punishment and Culture: A Right to Punish?*, por el Doctor en Filosofía y en Historia por la Universidad de Oxford, Peter Muckley, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; traducción recensionada por José María Carabante Muntada, en *Ratio Iuris* (Blackwell Publishing) (en prensa).

¹ Eduardo A. Rabossi, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 68-69 y 77-80 señala la familia conceptual asociada al concepto de castigo. Así, en cuanto a los “mecanismos de imposición de castigos”: - ofensa; - crimen; - delito; - daño; - pena; - sanción; - desaprobación; - reproche; - censura; - autoridad; - reparación; - compensación; - condena; - remisión; - conmutación; - atenuación; - reforma; - disuasión; - prevención; - exención; - misericordia;

Y en relación a las “condiciones relativas al ofensor sujeto del castigo”: - merecimiento; - culpa; - sufrimiento; - dolor; - displacer; - responsabilidad; - libre albedrío; - acción voluntaria; - coerción; - excusa; - intención; - conciencia; - negligencia; - temeridad; - resentimiento; - venganza; - benevolencia; - inocencia.

- El *castigo*, como concepto más amplio, lo que se denomina *punishment* en inglés o *châtiment* en francés. Su empleo no es exclusivo del mundo jurídico, sino también de la Pedagogía, la Medicina, la Psicología, la Sociología, la Literatura, etc.

- La *sanción penal* –*punitive practice, sanction pénale*- abarca un ámbito más concreto, referido ya al mundo jurídico, del Derecho, una de cuyas notas principales es precisamente la coactividad.

- La *pena* –*sentence, peine*- constituye el tercer núcleo de análisis. Se trata aquí de un concepto menos genérico, relativo a aquella parcela del Derecho formada básicamente por el Derecho Penal. Se puede distinguir entre penas y medidas de seguridad, como principales tipos de sanciones penales, con una distinta tradición histórica, diverso fundamento y función y en torno a las cuales se han desarrollado distintos tipos de teorías y escuelas –las absolutas, de tipo retributivo, y las relativas, de la prevención, tanto general como especial, en sus diferentes modalidades-, amparadas por concepciones del Estado también diferentes.

- La *punición* –*penalty, pénalité*- en otras disciplinas que no son el Derecho penal, especialmente, aunque no exclusivamente, las sanciones administrativas.

2 “NO MATARÁS” COMO NORMA JURÍDICA

2.1 La coactividad

La propia naturaleza humana determina que la convivencia no sea siempre perfecta y pacífica, sino que se vea alterada por conflictos, para cuya solución se arbitra una normativa que regule la actividad de cada uno de manera que resulte compatible con la de los demás.

Una de las principales notas distintivas del Derecho es su carácter coactivo, es decir, su imposición inexorable, la *perseidad* de que hablaran los Escolásticos. Si la norma jurídica no se cumple voluntariamente se impondrá una sanción penal en su lugar, de modo *subsidiario* y compensatorio, para así impedir que el delincuente experimente una ventaja respecto al resto de los miembros de la Sociedad que obedecen el ordenamiento jurídico.

El carácter coactivo del Derecho está en relación con su *heteronomía*. A diferencia de la Moral, que es autónoma, el Derecho es heterónimo. Mientras la norma moral es dada por la voluntad del sujeto, de cada sujeto, a sí mismo, hasta el punto de que el único juez es el individuo cara a su propia conciencia, en cambio el Derecho se nos impone desde fuera, por un poder ajeno a nuestra propia voluntad, por el poder político. Por eso nadie es juez en su propia causa, no se puede ser parte y juez, el juez debe ser un tercero imparcial: “*nemo iudex in causa propria*”.

De ahí también que, en lo que aquí nos ocupa, pueda afirmarse que *la ignorancia del Derecho no exime de su cumplimiento* y que tampoco la *rebeldía* del Derecho sirva como excusa, frente a lo que ocurre con las normas morales, que si se ignoran o si no se aceptan no son vinculantes, al menos no en el fuero interno. Ejemplos como los de

un antropófago de una tribu primitiva, para el cual comer carne humana no está castigado según su código ético; el caso del accidente de aviación acaecido en los Andes, en el que varios pasajeros comieron carne de sus compañeros a fin de poder subsistir, en una situación límite, son ejemplos de cómo conductas que internamente la Moral no castigaría, sin embargo pueden ser sancionadas por el Derecho, cuyo ámbito de vigencia se refiere a la generalidad de la población y cuyo origen es heterónimo.

El jurídico no es el único orden normativo de la conducta humana. Para regular la convivencia en Sociedad existen junto al Derecho otras reglas. Están la Moral, los usos sociales, la Religión... Lo que ocurre es que el Derecho es de todas estas regulaciones la única que es coactiva, la única que se cumple inexorablemente, *por las buenas o por las malas*, voluntaria o coactivamente. Para ello es precisamente para lo que existe el castigo.² Puesto que hay individuos que no están dispuestos a acatar a la primera la norma, se les fuerza de algún modo a que la respeten en su parte sancionadora y a que no se aparten del orden establecido. No entramos aún en la cuestión de si es legítimo imponer a los demás el sistema de valores dominante, que, aunque democrático, es en el mejor de los casos el que ha impuesto la mayoría de la colectividad, con lo que determinadas minorías y grupos, no suficientemente escuchados, por falta de representación o poder económico y político, pueden sentirse marginados.

2.2 El supuesto de hecho en el mandato “no matarás”: algunos tipos penales a los que da lugar

La manifestación del mandato “no matarás” a nivel jurídico se refleja en una serie de tipos penales que contemplan otras tantas figuras delictivas, acreedoras, en caso de ser aplicables, de la correspondiente sanción. Entre ellas podrían destacarse:

- El homicidio: compuesto de la raíz “cidio” – muerte- y “homo” –de un ser humano- en su modalidad pura sin que concurren circunstancias que impliquen una especial maldad.
- El asesinato: cuando hay alevosía, ensañamiento o circunstancias en torno a la muerte de una especial gravedad.
- El infanticidio: dar muerte al recién nacido –al “enfant” que dicen los franceses-. Hoy no figura ya la exigencia, un tanto rancia que acompañaba anteriormente a esta figura, el elemento volitivo: “para ocultar la deshonra de la madre”.
- El aborto: cuando se da muerte al feto. Esto hoy en España sólo es legal en tres supuestos: conflicto entre la vida del niño y la de la madre; cuando el embarazo haya sido fruto de un delito de violación, previamente denunciado; o el llamado aborto “eugenésico”, en caso de graves malformaciones o taras físicas o psíquicas del feto.

² Sobre el tema, ver, J. Guthier (dir.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, Suisse, Editions Universitaires, 1985.

- La eutanasia: del griego “buena muerte”, muerte por compasión, frente a la “distanasia” o ensañamiento terapéutico, que prolonga artificialmente la vida cuando no hay esperanza alguna de curación, y a la “ortotanasia” o actitud correcta ante la muerte. En la eutanasia se está ante la fase última, “terminal” dicen algunos, en la que la calidad de vida se ve disminuida notablemente, la persona es socialmente gravosa – por ejemplo en la tercera edad- o no hay esperanza de vida. La eutanasia puede ser activa –“matar”, mediante, por ejemplo, una inyección letal- o pasiva –“dejar morir”, por ejemplo desconectando de la máquina que mantiene a la persona artificialmente con vida-. Los ordenamientos jurídicos van desde los que admiten la figura sin limitaciones –el caso holandés es el más claro-, hasta los que la prohíben totalmente.

- El parricidio: dar muerte al padre, la madre o el cónyuge.

- El genocidio: matanza de un género –“genus”- de personas -por ejemplo los judíos, en la Alemania nacionalsocialista- por el hecho de serlo.

- El magnicidio: como el de Dallas en EE.UU., que dio muerte a un Jefe de Estado.

- El uxoricidio: dar muerte a la propia esposa.

- El fraticidio: a los hermanos. En este sentido se habla de las guerras civiles, como guerras intestinas, fraticidas.

- El regicidio: cuando el sujeto pasivo de la acción de matar es un monarca o rey.

- El tiranicidio: que se aplica al tirano, ya lo sea por el título por el que adquirió el poder de su predecesor: por ejemplo asesinandolo -fue el caso de Cesar-, ya por el modo de ejercicio, cuando, a pesar de haber obtenido el poder legalmente, luego se ejerce de un modo despótico y abusivo –como Hitler, que accedió al gobierno por las urnas, pero luego protagonizó uno de los episodios más sangrientos de la Historia de la Humanidad.

2.3 La consecuencia jurídica: la pena capital, privativa de libertad y pecuniaria y la medida de seguridad

Estas y otras figuras contempladas en normas jurídicas establecen sanciones para el caso de incumplimiento. Una de estas sanciones es la pena capital, que hasta el siglo XVIII fue la pena reina, siendo entonces destronada por la pena privativa de libertad, que en nuestros días, cada vez más va siendo desplazada por las sanciones pecuniarias –las multas especialmente-. Cada una de estas sanciones priva de un bien jurídico: la vida –la pena capital o de muerte-, la libertad –la pena privativa de libertad o prisión- o la propiedad –las sanciones patrimoniales o pecuniarias-.

El tipo tradicional de sanción penal es la pena. Pero a finales del siglo XIX se produce el fenómeno de la integración de las medidas de seguridad en la disciplina del Derecho Penal. Este fin del reinado de la pena como consecuencia única del delito es

una consecuencia de la incapacidad de ésta para dar respuesta a una serie de supuestos – esencialmente los casos de sujetos inimputables pero peligrosos.³

a) Diferencia conceptual entre las penas y las medidas de seguridad y principales corrientes doctrinales al respecto

Existen dos grandes tipos de sanciones, la pena y la medida de seguridad. La primera responde a una consideración estática del Derecho, que tiene en cuenta primordialmente los aspectos lógicos; la segunda obedece a una perspectiva dinámica, que toma en consideración más bien los componentes teleológicos o finalistas. La pena sería reflejo de la justicia abstracta, la medida de seguridad una plasmación de la equidad.

El fundamento y la justificación en la pena son el libre albedrío y la culpabilidad, como juicio de valor: puesto que el hombre es libre es susceptible de ser culpable. Es la idea de imputabilidad moral: A una persona libre cabe imputarle la responsabilidad derivada de sus actos. Por el contrario, la medida de seguridad se basa en el determinismo y la necesidad social. Se concibe el delito aquí como algo necesario y no libre. A la idea de culpabilidad como fundamento de la sanción le sustituye la noción de peligrosidad. Ésta ya no es un juicio de valor sino de probabilidad. Por su parte, en vez de hablarse de imputabilidad moral se hablaría de responsabilidad social. Aunque al hombre, como ser predeterminado y no libre, no cabe imputarle penalmente sus actos, sin embargo, de cualquier manera, la existencia en sociedad exige que alguien responda de los mismos.

La idea que justifica la pena es la justicia, el dar a cada uno lo suyo. La noción que fundamenta la medida de seguridad es la utilidad, el impedir que se vuelva a delinquir. La pena se basa más en el aspecto objetivo, en el delito, considerado, a su vez, en su dimensión jurídica, como infracción de una norma jurídica. Por el contrario, la medida de seguridad acentúa la vertiente subjetiva. Atiende más al delincuente y, dentro del delito, más bien a su aspecto social, es decir al delito considerado como infracción del orden social.

En cuanto a la función, la pena mira más al sentido, al porqué de la sanción, mientras que la medida de seguridad atiende a la finalidad, al para qué de la misma. Se dice que la función de aquella es fundamentalmente retributiva, mientras que la de ésta es preventiva. La pena es en teoría represiva, se presta a la expiación, a la venganza. Es la ley del talión, la idea de remediar un mal con otro mal, de que el que vive por la espada muera por la espada, como expresa gráficamente el axioma “ojo por ojo, diente por diente”. Por el contrario, la medida de seguridad se fija más, como su nombre indica, en la idea de seguridad.

La pena mira en principio al pasado, la medida al futuro. En la primera se castiga porque se ha delinquido (“*punitur quia peccatum est*”), en la segunda para que no se

³ Manuel Ayo Fernández, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Pamplona, Aranzadi, 1997. José Antonio Choclán Montalvo, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, Colex, 1997, p. 27.

vuelva a delinquir (“*punitur ut ne peccetur*”). Pero si pasamos de estas concepciones abstractas de la pena y la medida de seguridad y nos fijamos en el Derecho positivo español, vemos que en el artículo 25 de la Constitución de 1978 se establece que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social*”, con lo que se acentúa el carácter de mirada hacia el futuro incluso en las penas.

Existen una serie de teorías que sirven de soporte a las penas y a las medidas de seguridad. Las doctrinas que fundamentan las primeras son las teorías absolutas, así denominadas porque en ellas la sanción es un fin en sí misma. Por el contrario, las tesis que sustentan las medidas de seguridad son las llamadas teorías relativas, en las que el castigo es un medio para alcanzar un fin.

Las principales doctrinas absolutas son las de Kant y Hegel. Para Kant la pena es una necesidad ética. Es un imperativo categórico: Aunque la sociedad se extinguiera, antes debería castigar al último delincuente, so pena de convertirse en cómplice del delito. En Hegel, la pena es una necesidad ya no ética, sino lógica. Es una consecuencia del método dialéctico por él consagrado. Existiría una primera fase o tesis (el Derecho), su antítesis (el delito) y, como síntesis, la pena. La misma constituiría la negación de la negación del Derecho. Estas teorías absolutas van generalmente unidas a concepciones religiosas de la vida.

Las doctrinas relativas atienden a la prevención y se subdividen, a su vez, en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial. Las tesis de la prevención general, como su nombre indica, se dirigen a la generalidad de personas, a la sociedad en su conjunto y pretenden la intimidación, la coacción psicológica. Por el contrario, las tesis de la prevención especial van destinadas directamente al sujeto activo del delito, al delincuente. Estas doctrinas se subdividen, por su parte, en teorías religiosas y teorías laicas. Las primeras persiguen la corrección o enmienda moral del delincuente. Así ocurre en la “*Besserugs Theorie*” de Krause o en la Escuela correccionalista española de Luis Silvela, Concepción Arenal y Pedro Dorado Montero.

Por lo que se refiere a la vertiente laica, en ella hay que distinguir, a su vez, según el tipo de delincuente, tres finalidades. Si se trata de un infractor ocasional, el fin perseguido sería la intimidación individual, es decir, persuadirle de que no vuelva a delinquir. Si se trata de un delincuente de estado (“*Zustandverbrecher*”) lo que se pretendería sería su reeducación, resocialización y reinserción social. Finalmente, si estuviésemos ante un delincuente habitual, incorregible, lo que se intentaría es su inocuización, es decir, evitar que volviese a realizar daño a la sociedad. Éste sería el supuesto en caso de hallarnos ante lo que Lombroso llamó el delincuente nato, “*l'uomo delinquente*”. Pero no faltan quienes, como Concepción Arenal, antes citada, consideran que no existen los llamados delincuentes natos, que el hombre es un ser susceptible siempre de mejora, que una cosa es no haber sido todavía corregido y otra, muy distinta, ser incorregible.

Existirían, junto a las tesis absolutas y relativas, un tercer tipo de teorías eclécticas, mixtas o de la unión. Éstas consideran que no existe una solución en un único sentido y distinguen varios estadios en los que la pena actúa, más en concreto tres: en primer lugar estaría el momento de la conminación o amenaza legal, por parte del legislador;

en segundo término, el de la aplicación de la sanción o realización de la justicia, por parte del juez; en último lugar, la fase de la ejecución de la sanción, a cargo de la administración penitenciaria. A cada uno de estos estadios correspondería una función y finalidad predominante de la sanción. Así, a la primera fase sería inherente la prevención general, a la segunda la retribución y a la tercera la prevención especial. Se ve así como aparecen las distintas funciones de la pena según la fase en que estemos. A veces surgen, incluso, conflictos entre la primera y la tercera de dichas finalidades, entre lo que es útil para la colectividad en general y lo que lo es para el delincuente concreto.

b) De la pena como aflicción a la pena como privación de derechos

Durante milenios el castigo de los actos criminales se llevaba a cabo mediante la *venganza privada*. La intervención de la colectividad se daba solamente para aplacar la cólera de un dios que se suponía ofendido. Se producía una identificación delito-pecado, idea que informará durante años de forma decisiva toda la fisonomía penal. En esta evolución el *talion* supuso un tímido intento por superar la absoluta arbitrariedad con que se aplicaba la pena anteriormente. Sin embargo, lo que se ha dado en denominar “medievalismo penal” se extiende prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XVIII, cuando se humaniza y seculariza el Derecho Penal, rompiendo con su dureza y su sentido mágico y sacral. Es entonces cuando, superándose toda idea de odio o de venganza contra el delincuente, se concibe la pena como garantía de un orden colectivo, cuyo mantenimiento corresponde al Estado. Hasta entonces, el Derecho valoraba esencialmente la condición social del reo, dando lugar a indignantes desigualdades; las sanciones eran muy duras y crueles y no siempre equivalentes a la entidad del delito por el que se imponían; con el castigo se buscaba esencialmente la expiación moral y la intimidación colectiva; se abusaba de los castigos corporales –mutilaciones, azotes, etc.- y la pena capital, acompañada de atroces suplicios, era la pena por excelencia.⁴

⁴ Gerardo Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1984; 5ª ed. revisada y puesta al día con la colaboración de María Dolores Fernández Rodríguez, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 15-17. C. Emsley, “The History of Crime and Crime Control Institutions”, en Mike Maguire - Rod Morgan – Robert Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, 3ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2002. Christopher Hibbert (1924-), *The Roots of Evil; a Social History of Crime and Punishment*, 1ª ed. americana, Boston, Little, Brown, 1963. Julius Makarewicz, *La evolución de la pena*, Madrid, Hijos de Reus ed. 1907. P. Rock (ed.), *The History of Criminology*, Aldershot, Dartmouth, 1994. Hans von Hentig, *La pena, volumen I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*. Trad. cast. de José María Rodríguez Devesa, Madrid, Espasa-Calpe, 1967: El sujeto pasivo de la pena en otras épocas rebasó con mucho al individuo vivo, imputable y culpable de un crimen. Antiguamente se estatúa la responsabilidad colectiva, se castigaba a los muertos y a los animales y eran entregados a la destrucción, a modo de castigo, objetos inanimados. Por lo que respecta a la *responsabilidad colectiva*, a medida que retrocedemos en el tiempo, nos sale al paso esta figura. Así, en la antigua China eran decapitados todos los parientes masculinos del culpable de alta traición: padre, abuelos, hijos, nietos, tíos y los hijos de todos ellos. La responsabilidad colectiva reviste múltiples formas en el antiguo Israel: Jehová castiga a todo el pueblo por los pecados de uno. De Iván el Terrible cuentan que en el decurso de su enfermedad mental comenzó a matar “por familias” en lugar de individualmente. Un moderno ejemplo de asesinato punitivo de un grupo es la muerte del Zar Nicolás II. Otro ejemplo sería cuando se hace responsable a una cadena de galeotes de la fuga de uno de ellos, o en el sacrificio de todos los esclavos romanos que al ser asesinado su dueño se hallaran bajo el techo de éste, o cuando en la Edad Media se exterminaba la estirpe entera en casos de alta traición y rebelión. La muerte de Luis XVI y María Antonieta, del general Schleicher y su mujer, de Mussolini y su querida, no están lejos de estos procedimientos. En algunos casos, además de los mecanismos psicológicos que llevan a destruir lo que rodea a la víctima en un intento por restaurar la seguridad, entra en juego la responsabilidad de la comunidad doméstica, que constituye un grupo cerrado, compuesto para hacer frente a lo que viniere, formado no sólo por los parientes,

La pena en los tiempos primitivos tenía una serie de *variantes y aditamentos*. Esto se ve claramente respecto a la pena por excelencia en la Antigüedad, la pena de

sino también por esclavos, servidumbre y otros miembros. Los animales pertenecen también a la comunidad doméstica, así como los árboles frutales del jardín. Se podría hablar de una estirpe económica.

Hoy en día no se castiga ya a los *muertos*. Pero en el pasado pensaban de otro modo. Una vez era una agravación de la condena; otras, cuando el culpable había fallecido antes de haberla sufrido y sólo quedaban sus restos sin vida, era un modo de desfogar la ira y el ansia inagotable de castigar. En aquellas épocas, el muerto tenía derecho a un entierro digno de acuerdo con las normas y costumbres vigentes. En otro caso, conforme a las antiguas creencias, no podría hallar descanso. Arrebatárselo deparaba al muerto un suplicio, equivalía a una pena. El castigo de los muertos descansa en la vieja idea de que se les pueden inferir daños y causar dolores en la lejanía del más allá. El problema preocupó ya a Platón. La profanación del cadáver se menciona en la *Iliada* e inmediatamente se señala que tal conducta provoca la cólera de los dioses y es un crimen vergonzoso. Éste es también el tema de fondo que subyace en *Antígona*. Las dos guerras mundiales del siglo pasado y los delirios colectivos que desencadenaron acumulan nuevos casos de punición de difuntos. Las urnas de los jefes nazis ejecutados en Nuremberg fueron destrozadas y su contenido pisoteado. Hasta 1947 hubo muertos "castigados". En la Antigüedad no era suficiente con ejecutar al culpable y poner fin a su vida, como se desprende claramente de una breve enumeración de los diferentes procedimientos de pena capital, que suponían una crueldad y un sufrimiento añadidos. Por ejemplo, verificada la ejecución por el hacha o por la espada, la cabeza solía clavarse en una vara o en un poste. Con arreglo a un uso muy antiguo, se hace siempre que el reo permanezca algún tiempo colgado en la horca, cuando sabemos que para que el muerto descanse en paz no bastaba con un entierro regular que mantuviera reunidos el cuerpo y el alma, sino que su cuerpo tenía que permanecer intacto y sin mutilar. El castigo de aquellos que morían antes de la ejecución, de los suicidas, ahogados o alcanzados por un rayo se debilitó paulatinamente, reduciéndose a una inhumación deshonrosa.

La *pena en efígie* es una muestra de las ideas que estamos desarrollando. Cuando el delincuente se había escapado, se disponían muñecos o dibujos que lo representaban con la mayor fidelidad posible. Eran de tela, piel, hierba o paja, y de tamaño natural. Los llevaban al lugar del suplicio y en la imagen o efígie del malhechor ejecutaban todas las penas al uso: colgar, decapitar, enroscar, incluso marcar a fuego y azotar. El castigo en efígie desempeñó un importante papel en el proceso inquisitorial español.

Algún autor, con fina sensibilidad, ha hablado de almas de las sombras, almas de los espejos y almas de los retratos. En la sombra residía aquella parte de la personalidad que alimentó el malvado deseo, y a ella se castiga. También el nombre es uno de esos dobles de la personalidad física que acompañan como la sombra o la imagen reflejada. En las ceremonias de la pubertad se da un nuevo nombre al adolescente. Los romanos, como todos los pueblos del Mediterráneo, conocieron el sortilegio del retrato: "lo que se haga con el retrato lo padece el retratado". Esto es una prueba del carácter *mágico* de la pena en la Antigüedad, en una época en la que los sortilegios eran los más poderosos medios de defensa de la propia existencia.

En épocas pretéritas también se daba *el castigo de los animales*. El animal salvaje era algo poderoso contra cuya furia tuvo que afirmarse el hombre primitivo. Aunque hoy hablemos de cazar animales, hubo un tiempo en que los animales cazaban al hombre. De aquellos primeros momentos ha conservado el hombre el miedo a los animales y la admiración por ellos. Los animales eran más rápidos, más fuertes y en mil aspectos superiores. Sin esas ideas no se podría comprender el papel desempeñado por los animales en el mito y en la historia de las religiones. Ahí están los innumerables demonios con aspecto de animal. El orgullo del hombre era descender de criaturas más fuertes y más perfectas. La estrecha relación entre el hombre y el animal deriva de tres tipos de hechos: la creencia en la metamorfosis y retrometamorfosis de hombres y animales; la idea de que los animales tienen, al igual que el hombre, un alma; y la representación de la santidad de la vida animal. La opinión de que el hombre puede transformarse en animal circuló por todos los tiempos y países. En la India fue el hombre-tigre, entre nosotros es el hombre-lobo, en Sudamérica, el jaguar. Una metamorfosis presupone identidad de textura anímica, a la que viene a añadirse la mutación corporal. Finalmente, aún en la mitología griega se mezclan los apetitos y concupiscencias del hombre y del animal. Un investigador francés ha intentado establecer una estadística de los animales "criminales" condenados. Se trata de animales que de 1120 a 1741 comparecieron ante los tribunales franceses y en otros lugares. Entre los animales sometidos a procedimiento judicial por asesinato los cerdos ocupan el primer lugar. Los indefensos niños pequeños estaban amenazados por su voracidad. También es animal demoniaco el buey corneador. Un dios en forma de toro raptó a la hermosa Europa, mientras que otro dios con figura de jabalí mató al encantador Adonis. La bestia y el hombre forman un grupo de delincuentes igualmente culpables en la sodomía. Con arreglo a los preceptos bíblicos, también el animal debe hallar la muerte. Como es notorio, la sodomía no fue un delito raro en la Edad Media. El colgamiento, al lado del delincuente, del animal era un símbolo de expiación y eliminación.

Aparte de la equiparación del animal con el hombre aborrecido, hay otras observaciones que hablan a favor de que el proceso contra los animales en la Edad Media fuese en parte un proceso contra el demonio, considerado primitivamente como el espíritu vital del animal. La solemne ejecución del animal puede interpretarse en este sentido. Habría sido mucho más barato matar al animal sin más. En su lugar, se realizaban considerables gastos y esfuerzos por lograr su ejecución formal, hasta la cremación en efígie.

Además de a animales, en épocas pasadas se imponían penas a *cosas sin vida*. Al hablar de penas impuestas a cosas inanimadas usamos una consciente simplificación. Las cosas culpables no sólo son destruidas a modo de pena, sino que son "expulsadas", es decir, llevadas más allá de las fronteras. Éste fue el sentido original de

muerte. No bastaba entonces con privar al condenado del supremo bien que es la vida, sino que el castigo revestía una especial dureza y crueldad. Se empleaban modalidades de pena capital como el colgamiento –la horca, en sus diferentes variantes-, la crucifixión, la decapitación –con hacha o espada; todavía no se había inventado la guillotina-, el enroddar, la asfixia por inmersión, el quemar, el enterrar vivo, el despeñamiento, el descuartizamiento o la lapidación. Se usaban también penas corporales -como los azotes o la castración-, penas infamantes –como la picota, o la marca a fuego-. Una evolución del Derecho Penal, en cuanto a sanciones se refiere, consiste precisamente en la progresiva sustitución de la pena capital por la pena privativa de libertad y en la configuración de la pena de muerte, para casos extremos, como la privación de la vida sin que a ella vayan añadidos especiales sufrimientos o una crueldad innecesaria. *De la pena como aflicción se pasa a la pena como privación de un bien: la vida – la pena de muerte- la libertad –la prisión- o los bienes –las penas patrimoniales.*⁵

c) Características de las sanciones jurídicas en relación con la responsabilidad

Una idea central a la hora de considerar un castigo como justo y legítimo es la de

la palabra *exterminare*. La frontera impide el regreso. Es una alambrada mágica que no pueden traspasar los espíritus, y que a veces ve reforzado su carácter divisorio a través de una montaña o de un río. Igualmente, los objetos sin vida son castigados quitándoles el nombre. Aquí se infiere de nuevo una relación con las penas impuestas a la efigie, la sombra, el traje, y otros “dobles” de la personalidad.

Por otra parte, cuando hablamos de objetos sin vida, se observa cómo cuanto más retrocedemos en las diferentes culturas tanto más se observa la divergencia de las concepciones de entonces con las ideas de hoy. Antiguamente era una creencia extendida que todo objeto, animado o inanimado, como decimos hoy, tenía un espíritu. Según la más temprana concepción alemana podían cometer fechorías las cosas sin vida, si se causa un daño por el propio movimiento de la cosa, por ejemplo la oscilación o caída de una espada, un árbol o una viga. En lo que concierne al tratamiento a modo de pena de las armas, hay que diferenciar entre los objetos que mataban a un hombre por su peso específico y que, por consiguiente, eran pensados como vivificados y movidos por un principio malvado, y las malas acciones que los hombres cometían con auxilio de un arma o de otro instrumento. Todavía cuenta el Derecho vigente entre las penas accesorias el comiso y la inutilización de los *instrumenta sceleris*.

Otro ejemplo de castigo a cosas sin vida se daba en Ratisbona hasta el privilegio de 1207, donde toda casa en la que se hubiera cometido un delito o refugiado un proscrito debía de ser nivelada con el suelo. Los parajes debían quedar desiertos y vacíos para siempre. El castigo inferido a edificios históricos podría parecernos primitivo, pero un pueblo civilizado como lo era el romano tapió el acceso a la Curia, donde fue asesinado Cesar, como si dicho lugar tuviera la culpa de lo ocurrido. En el Ricardo II de Shakespeare, Bolinbroke se queja de que, entre otras injurias, los enemigos han destruido su parque y cortado los árboles de su bosque. ¿De dónde proviene el horror por la casa del asesinato o el odio a las cuatro paredes que han albergado a un malhechor, a veces sólo provisionalmente? De que no sólo concuerdan el hombre y el traje, sino también la vivienda y el que vive en ella. Existe la creencia de que el espíritu del muerto pugna por volver a su casa. El factor esencial que justifica la devastación sería la idea de que los espíritus de los muertos, lo mismo que el hombre vivo, ansían tener un hogar. Devastar es, por consiguiente, expulsar a los espíritus. Quedan desahuciados cuando se les deja a la intemperie. Entonces emigran al ancho mundo.

Al igual que las personas, también las casas y las ciudades tienen *un nombre*. Asimismo el nombre puede ser devastado en concepto de pena. Los parientes de regicidas tienen que cambiar de nombre. Las ciudades conquistadas no sólo son arrasadas, sino que pierden su viejo nombre. En 1945 se puso el nombre de Eisenhower y de Montgomery a calles de Praga; en octubre de 1950 fueron quitadas las placas de nuevo, a modo de pena. En Alemania apenas se encuentra a nadie fácilmente por la cantidad de constantes cambios en los nombres de las calles.

⁵ Leon Shaskolsky Sheleff, *Ultimate Penalties: Capital Punishment, Life Imprisonment, Physical Torture*, Columbus, Ohio, 1987.

merecimiento.⁶ La ausencia de algunas de las propiedades típicas o definitorias del castigo puede caracterizarlo como un castigo injusto o inmerecido. Sin embargo, el tema del mérito ha sido estudiado en relación con cuestiones de justicia social y justicia distributiva,⁷ más que en los estudios e investigaciones sobre la justificación del castigo.⁸ Ello no impide aplicar algunos rasgos característicos de los enunciados de mérito, en su versión negativa –como demérito–, para ver cuál es su relevancia en relación al castigo.

Los términos “merecer” o “merecido” reflejan casi siempre sentimientos fuertemente arraigados o nuestras intuiciones acerca de lo justo, vestigios de una tendencia primitiva que nos impulsa a desear el bien a nuestros benefactores y el mal a nuestro detractores: quien se ha esforzado en una tarea tiene méritos y consideramos que merece coronarla con éxito y, a la inversa, quien ha actuado moralmente mal no merece el triunfo en sus empresas.

Los juicios de merecimiento se caracterizan por su referencia al pasado⁹, su aparente vinculación con la idea de obligación¹⁰ y por ser juicios sobre personas.¹¹

⁶ Ted Honderich, *Punishment. The Supposed Justification*, Harmondsworth, Baltimore, Maryland, Penguin Books, 1969, pp. 26-47

⁷ En esta sede el tema ha sido muy debatido en el ámbito anglosajón desde la publicación en 1971 del libro de John Rawls *A Theory of Justice*. Algunas de las obras más relevantes en relación con la cuestión son las de Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974; y de Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

⁸ Entre las escasas obras monográficas sobre el tema del mérito, destacan las de Joel Feinberg, *Doing and Deserving*, New Jersey, Princeton University Press, 1970; Wojciech Sadurski, *Giving Desert its Due*, Dordrecht, D. Reidel Pub. Co., 1985; y George Sher, *Desert*, New Jersey, Princeton University Press, 1987. Igualmente sobre el tema, John Braithwaite – Philip Pettit, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990. R. Burgh, “Do the Guilty Deserve Punishment?”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 79, n. 4, 1982, pp. 193-210. D. Husak, “Why Punish the Deserving?”, en *Nous*, 26, 1992, pp. 447-464. F. Hussey, “Just Deserts and Determinate Sentencing: Impact on the Rehabilitation Ideal”, en *The Prison Journal*, LIX, 2, otoño-invierno 1980, pp. 36-47. Richard G. Singer, *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, Massachusetts, Ballinger, 1979. Martin Wasik – Andrew von Hirsch, “Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert”, en *Criminal Law Review*, 1988, pp. 555-572. L. Stern, “Deserved Punishment, Deserved Harm, Deserved Blame”, en *Philosophy*, 45, 1970, pp. 317-329. Andrew von Hirsch – A. Ashworth, “Not Just Deserts: A Response to Braithwaite and Pettit”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1992, pp. 83-96. Jerónimo Betegón, *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 205-321 realiza una aplicación de los argumentos que están en la base de una explicación del concepto de mérito positivo a situaciones de merecimiento negativo o demérito, como las que se producen en relación con la justificación del castigo.

⁹ El mérito se refiere a una situación pretérita. Esto enlaza básicamente con las doctrinas retributivas, frente a sus opuestas, las tesis utilitaristas, que miran al futuro. Trasladando esto al tema del castigo, en un caso se castigaría porque se ha cometido una ofensa y en el otro para que no se vuelva a cometer. Se contraponen así las nociones de utilidad, derivada de las futuras consecuencias beneficiosas que una acción pueda deparar, y mérito, que se establece a partir de acciones pasadas o presentes. A veces los criterios de mérito y utilidad entran en conflicto, como en el ejemplo de Sadurski, *Giving Desert its Due*, op. cit., p. 118, de una vacante a una cátedra universitaria a la que concurren dos candidatos: uno ya anciano, a punto de jubilarse, con un abrumador historial académico a sus espaldas y, por lo tanto, con muchos méritos –idea de pasado–, y otro una joven promesa con un brillante porvenir frente a él, que reclama una oportunidad en el futuro –y que eventualmente podría vencer en el concurso, por una visión utilitarista de lo que más conviene al Departamento en el que está la plaza en los años venideros–: Mérito o utilidad. Pasado o futuro.

¹⁰ El mérito está vinculado con la idea de obligación y supone la existencia de ésta, mientras que el demérito establece la situación contraria, de inexistencia, en circunstancias especiales, de una obligación normal y de una pretensión. Esto se observa claramente en la afirmación retributiva kantiana de que el delincuente tiene derecho al castigo y de que existe una obligación de la sociedad de castigarle

¹¹ El merecimiento se atribuye siempre a personas. Cuando utilizamos el concepto de mérito en contextos más amplios, por ejemplo, en relación a una *obra de arte*, para afirmar que ésta merece nuestra admiración, en realidad lo que estamos queriendo expresar es que el autor de esa obra es digno de nuestro beneplácito. Hay cualidades y atributos personales, como la belleza o la inteligencia, que merecen admiración. Pero cuando decimos de alguien que tiene mérito nos referimos más bien a que con sus actos, su voluntad y su esfuerzo, con lo que ha hecho y no simplemente con lo que le ha venido dado, merece nuestro aplauso.

Merecer algo no equivale a *tener derecho* a ese algo.¹² En los derechos las circunstancias personales del sujeto resultan del todo irrelevantes. Se puede ser propietario de un bien pese a ser un vago y no merecer en absoluto tener ese derecho de propiedad. Hay que distinguir entre *merecer X* –concepto moral-, *tener un título a X* –concepto jurídico- y *plantear la necesidad de X* –noción fáctica-. Cada uno de estos tres criterios tiene independencia conceptual.

Una concepción determinista del mundo y del individuo en sociedad, en la que éste se vea compelido, por factores externos a su voluntad, a delinquir sería aparentemente incompatible con la idea de mérito y demérito. Si el ofensor no es libre al cometer la ofensa, si está abocado a ella, no merece un premio –pues la comete-, pero tampoco un castigo –pues su acción escapa al control de la voluntad humana, negando en parte el papel jugado por la inteligencia, el talento, la capacidad de esfuerzo, el autocontrol, etc.-. Habría, por tanto, que abandonar la idea retributiva del castigo como consecuencia merecida y justa de una ofensa moral de un sujeto libre, en la que basta la existencia del ilícito u ofensa para que inmediatamente se ponga en funcionamiento el mecanismo sancionador ciego del Estado. Basta cometer el ilícito para adquirir un título a ser tratado de una determinada manera –consecuencia normativa-.¹³ La imposición de un castigo está en función de lo que el individuo hizo y no de lo que el individuo es.¹⁴

Ya Durkheim, en *L'éducation morale* distingue dos grandes grupos de sanciones: las *negativas* y las *positivas*. Las sanciones negativas son los *castigos* y las sanciones positivas, las *recompensas*. Ambas tienen en común que refuerzan el cumplimiento de las normas, si bien lo hacen de forma antagónica: las negativas, castigando al infractor del deber; las positivas, premiando al que lo ha cumplido. Dentro de las negativas entran tanto las sanciones *represivas* o penales como las *restitutivas*, civiles o administrativas. Las sanciones positivas son, por ejemplo, las que se dan en el colegio al otorgar mejores notas y distinciones a los alumnos más sobresalientes. Así ocurre también en las sociedades moralmente sanas. Sin embargo, siempre es mucho mayor el número de castigos en comparación con la importancia mucho menor de los premios. De ahí que cuando se habla de sanciones jurídicas pensemos sobre todo en los castigos. De hecho, no hay un código de premios paralelo al Código Penal. Las sanciones

¹² J. Deigh, "On the Right to Be Punished: Some Doubts", en *Ethics*, 94, 1984, pp. 191-211.

¹³ Hay autores, como Rawls, que defienden que una distribución justa de bienes o beneficios –justicia social, justicia distributiva- no requiere correspondencia con la valoración moral de características o acciones de sus destinatarios –deberá darse aunque éstos no lo merezcan-. Curiosamente, sin embargo, Rawls defiende una relación asimétrica a la del mérito positivo respecto al demérito o mérito negativo, en la cuestión del castigo, pues, aparentemente, defiende la dependencia en la justificación del castigo de criterios o estándares morales, siendo la existencia de un ilícito moral –de un demérito-, prerrequisito de un castigo justo. Esta distinción entre justicia distributiva y retributiva en lo que se refiere a su relación con criterios de moralidad aparece más claramente planteada en *A Theory of Justice* que en su artículo "Two Concepts of Rules". Ver al respecto J. Betegón, *La justificación del castigo*, op. cit., pp. 236 y ss.

¹⁴ Wojciech Sadurski, "Distributive Justice and the Theory of Punishment", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, 1, 1985, pp. 47 y ss. *Giving Desert its Due*, Dordrecht, Reidel, 1985, p. 225: "la justificación general del castigo es análoga a la de las recompensas: es un método de restaurar el equilibrio total de beneficios y cargas". (La traducción es nuestra).

positivas merecen más el nombre de *incentivos o ventajas* que el de sanciones propiamente dichas, pese a que algunos usen el término poco común, y hasta a primera vista contradictorio, de *sanciones premiales*.¹⁵

El castigo ha de ser infligido al autor de la ofensa. El castigo del inocente se configura como victimización. La controversia acerca de la posibilidad del *castigo de inocentes* ha ocupado buena parte de la literatura que versa sobre la justificación moral del castigo. Aquí cabe hacer una precisión importante. El problema se plantea fundamentalmente en los casos en los que se castiga a inocentes *siendo conscientes* de su condición de tales. Si quienes castigan a un inocente lo hacen porque le consideran culpable estaríamos ante un supuesto de *error*. Pero, cuando a sabiendas de que alguien no merece el castigo se lo infligimos, podemos en sentido estricto hablar de *victimización*. La idea de que sólo podemos denominar castigo a las situaciones en que éste va referido al culpable de una ofensa ha sido muy estudiada por A.M. Quinton y aceptada por S.I. Benn, entre otros.¹⁶

Otro requisito de las definiciones del castigo es que exista una acción u omisión lesiva previa. Habría que hacer valer un concepto jurídico y objetivo del castigo, ajeno a los móviles morales. *Criminal sería el hombre que viola la ley y no el hombre malo; inocente es quien no ha violado la ley y no el hombre bueno.* Una persona puede ser inocente de un delito pese a ser mala o haber violado otras leyes.

Por otro lado, el castigo en el mundo jurídico ha de ser intencionalmente “infligido” (frente al arrepentimiento) por seres humanos (frente al castigo divino) distintos del ofensor (frente al autocastigo) que poseen autoridad institucionalizada para castigar (frente a la venganza privada).

d) ¿Por qué y para qué sancionar?

¿Cómo justificar moralmente que se castigue a alguien?¹⁷ ¿Por qué un mismo acto

¹⁵Gregorio Robles, *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 61-63. Sobre la cuestión de si existen o no sanciones premiales versa el libro de Mario Alberto Copello, *La sanción y el premio en el Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1945. Sobre el tema también Luis Jiménez de Asúa, “La recompensa como prevención general – El derecho premial”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 125, pp. 5-32 y 353-394. Angelo de Mattia, “Merito e ricompensa”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, tomo XVII, fascículo VI, pp. 608-624. Quien parece haber sistematizado primero la cuestión de si es posible en el campo penal el recurso a los premios o recompensas para la prevención del delito y de si es posible distinguir junto a una sanción represiva o punitiva una sanción premial en base a los méritos es Jeremy Bentham, *Tratados de Legislación penal y civil*, t. I, pp. 66-95, y t. IV, pp. 311-314, Villalpando, Madrid, 1821. También Jacinto Dragonetti, *Tratado de las virtudes y de los premios* (traducido al castellano y publicado como continuación de la obra de Beccaria, *Dei Delitti e delle pene*, por Ramón Salas), Villamil, Madrid, 1836. F. Holbach, *Justice Laudative*, Larcier, Pedone, Bruselas-Paris, 1904

¹⁶Desde el punto de vista de la víctima destaca también el análisis de James Morden Hough, “The Impact of Victimization: Findings from the British Crime Survey”, Paper prepared for the *Third International Institute of Victimology*, Lisbon, 1984. James Morden Hough – Path Mayhew, *Taking Account of Crime: Key Findings from the Second British Crime Survey*, London, Her Majesty’s Stationery Office, 1985. James Morden Hough – D. Moxon, “Dealing with Offenders: Popular Opinions and the Views of Victims”, en *Howard Journal*, 24, 3, 1985, pp. 160-175. James Morden Hough – Julian Roberts, *Attitudes to Punishment: Findings from the British 1996 Crime Survey*, London, Home Office, 1998. Andrew Karmen, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, Belmont, California, Wadsworth, 1984.

¹⁷J. Lisle, “The Justification of Punishment”, en *International Journal of Ethics*, 25, 1914, pp. 346-359.

– or ejemplo pegar a otro – puede y debe merecer en unas situaciones una reprobación moral absoluta y en otras – al menos para algunas personas –, cuando constituye un castigo, puede producir asentimiento y aprobación o, al menos, abstención de juicio moral? Porque en el primer caso el acto constituye una *ofensa*, mientras en el segundo consiste en el *castigo a un ofensor*. Esto es lo que marca la diferencia entre ellos. Así se diría que, aunque la acción de pegar a otro *nunca estaría justificada*, en el caso en que constituyese un castigo, y siempre que fuera proporcional, podría estar *excusada*. Aunque moralmente, en sede filosófica, la acción de pegar a otro estaría mal y, por otro lado, tampoco parece razonable provocar un mal simplemente porque otro mal ha tenido efecto. *Ontológicamente el mal sólo se soluciona con el bien, nunca con otro mal en sentido contrario*. La cuestión de la justificación moral del castigo se subsume como una especie en el problema más amplio relativo a la justificación moral de las acciones (en general).

¿Para qué sancionar? Según los *retribucionistas* el castigo que se inflige a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado; y merece serlo cuando es culpable de haber cometido una ofensa.

Para los *utilitaristas* el castigo, todo castigo, es un daño. Si es así, ¿cómo justificar moralmente algo que es malo en sí mismo, relacionándolo con un acto pasado, también malo e indeseable? El castigo, desde el punto de vista utilitarista sólo puede justificarse moralmente atendiendo a las consecuencias valiosas que puede llegar a producir, a su *finalidad*, al para qué más que al porqué, mirando al futuro más que al pasado.¹⁸

D) La pena capital: prox y contras. ¿El ocaso de un mito?

El origen de la pena capital se remonta a la noche de los tiempos. Ya existen representaciones de ejecuciones capitales en pinturas rupestres. En la evolución de la pena de muerte pueden distinguirse dos etapas netamente diferenciadas. Una de ellas es el período anterior al *siglo XVIII*, en el que se manifiestan favorables a ella la generalidad de las mentes preclaras –Sócrates, Platón, Santo Tomás de Aquino, Erasmo, Lutero, Goethe, Kant-. En la Edad Antigua y en la Edad Media la pena capital tenía un carácter simbólico, mágico, ritual, purificador, irracional, como restablecimiento del orden cósmico alterado por el delito. Otra característica de la pena de muerte en esta etapa es que su dureza es graduable, en el sentido de poder ir acompañada de aditamentos. Esto se observa claramente en Roma y en los pueblos germánicos. El Derecho canónico supone una humanización y suavización del Derecho penal, inspiradas en las ideas de compasión y caridad, como queda reflejado en instituciones como la paz de Dios o el asilo religioso y aunque, en contraste con lo anterior, también se dieran en el seno de la Iglesia realidades históricas como la Inquisición.¹⁹

¹⁸ H.J. McCloskey, "The Complexity of the Concepts of Punishment", en *Philosophy*, 37, 1962, pp. 307-325. "A Note on Utilitarian Punishment", en *Mind*, 72, 1963, p. 599. "A Non-Utilitarian Approach to Punishment", en *Inquiry*, 8, 1965, pp. 249-263. "Utilitarian and Retributive Punishment", en *Journal of Philosophy*, 64, 1967, pp. 91-110. Eduardo A. Rabossi, *La justificación moral del castigo*, op. cit., p. 90:

¹⁹ Sobre el tema ver, Daniel Sueiro, *La pena de muerte. Ceremonial. Historia. Procedimientos*, Barcelona, Alianza Editorial, 1974.

Es en el siglo XVIII – Siglo de las Luces, de la Ilustración – cuando comienza a cobrar auge una corriente crítica contra la pena de muerte, que dará origen al *movimiento abolicionista*.²⁰ Es la época de las utopías – *La nueva Atlántida* de Bacon o *La ciudad del sol* de Campanella. Como consecuencia de ello se produce una disminución en su aplicación, así como una relativa humanización y racionalización de la misma, con la incorporación de la guillotina como método de ejecución y la supresión de las torturas. La pena de muerte deja de ser la pena fundamental, papel que pasa a ocupar la pena privativa de libertad.

Hecha esta pequeña introducción histórica, a continuación nos vamos a centrar con más detenimiento en los *argumentos y contra-argumentos a favor y en contra* de la pena capital, en torno a los cuales gira el debate abolicionista.²¹

Un primer argumento es el *histórico*. Precisamente insistiendo en su antigüedad y gran arraigo en las distintas etapas y períodos históricos, algunos se manifiestan a favor de ella. Si ha existido desde siempre por algo será, parecen querer decir sus defensores. Pero todo argumento tiene su contraargumento, a saber, que la justicia de una institución no depende de su antigüedad, que no se trata de un problema cuantitativo, sino cualitativo y, por otra parte, que la historia de la pena es en muchas de sus páginas tan deshonorosa para la Humanidad como la de los delitos. Hasta Galileo, Copérnico y Kepler se creía que el Sol giraba en torno a la Tierra y no a la inversa. ¿Deberíamos por ello seguir creyéndolo nosotros? Además, en el momento actual la pena de muerte es anacrónica, aunque aún existan Derechos Penales en el mundo que la permitan.

Un segundo argumento es el *racional*. Se trata de un argumento en contra de la pena de muerte, el más importante de ellos, a saber, la inexistencia de argumento racional alguno a favor. Su existencia se explica por una simple razón práctica de necesidad social y política, no por razonamientos abstractos, lógicos y apriorísticos.

Un tercer elemento a tener en cuenta, que es importante destacar en este trabajo tiene que ver con la posible finalidad intimidante –de prevención general-, preventiva especial, utilitaria y retributiva de la pena capital.²²

²⁰ Este movimiento abolicionista estuvo capitaneado por las voces de pensadores como Cesare Beccaria, marqués de (1738-1794), en su obra clásica *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*. A cura di Franco Venturi, 1ª ed. en la NUE nuova serie, Torino, G. Einaudi, 1978. Hay trad. al castellano de J. A. de las Casas, Madrid, Alianza Ed., 1968; y traducción, introducción y notas de Francisco Tomás y Valiente, en Madrid, Ed. Aguilar, 1969. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1ª ed. London, 1789; Oxford, Clarendon Press, 1823; ed. por H.L.A. Hart – J.H. Burns, London, 1970. Recientemente, ver Herman Bianchi– René van Swaningen. Con contribuciones de Elisabeth Barker (et al.), *Abolitionism, Towards a Non Repressive Approach to Crime: Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition*, Amsterdam, Free University Press, 1986. Michèle Rodière, *L'abolition de la peine de mort*, Paris, Documentation Française, 1987. Thorsten Sellin, *Capital Punishment*, New York, 1967.

²¹ Ver Bonnie Szumski– Lynn Hall – Susan Bursell (eds.), *The Death Penalty: Opposing Viewpoints*, St. Paul, Minn., Greenhaven Press, 1986.

²² Sobre el tema, Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death", en *Am. Ec. Rev.*, 65, 1975, pp. 397-417.

Aunque a primera vista podría parecer que la pena de muerte *intimida* al futuro delincuente, y mucho, puesto que priva del bien máximo, la vida, este aparente argumento a favor de la misma es desmentido por los datos estadísticos. Éstos demuestran que la pena de muerte no intimida a quienes son sus destinatarios principales, a los dos grupos de delincuentes a los que suele aplicarse: los asesinos y los delincuentes políticos. No intimida a los asesinos puesto que un 25% se suicidan –inútil intimidarles con la muerte, pues-, un 50% son delincuentes pasionales –que actúan en una situación sin salida, sin pararse a reflexionar sobre la pena que se les impondrá-, y el resto o son psicópatas –incapaces de sentir la presión psicológica de la pena- o son profesionales –que la contemplan como un gaje del oficio, a modo de riesgo profesional-. Por lo que se refiere a los delitos políticos, y principalmente en los casos de terroristas, está comprobado que la pena de muerte lo único que produce respecto a ellos es un efecto glorificador, que les eleva a los ojos de algunos a la condición de auténticos mártires que se inmolan por una patria mejor.

¿Qué decir en relación con la función *preventiva general*? Ésta es también cuestionable. Baste pensar en la última ejecución capital en España, el 27 de septiembre de 1975, y la inmediata reacción en forma de atentados posteriores.

El fundamento *utilitario* también admite algunas consideraciones. ¿Es útil para la seguridad de los ciudadanos la pena de muerte? Podría parecer que sí, pero también cabría decir que tal respuesta supone equiparar al hombre a un animal dañino –el criminal nato, *l'uomo delinquente* de que hablara Garofalo-, frente a su consideración como un ser susceptible de mejora, en la línea de la concepción cristiana occidental. Una cosa es que el delincuente no haya sido aún corregido y otra muy distinta que sea incorregible. Se produce además la paradoja de querer proteger la vida de los hombres matando a algunos de ellos.

El argumento *retributivo*, talionar, expiatorio –“ojo por ojo, diente por diente”- del imperativo categórico kantiano no es aplicable tampoco a todo tipo de delitos –es imposible en la rebelión o en la violación de sepulturas, por ejemplo-; prescinde de instituciones modernas como el arrepentimiento espontáneo, el indulto o la prescripción; olvida que muchas veces el delincuente no es libre, sino que está en gran medida predeterminado a delinquir por factores genéticos, familiares y sociales de distinto tipo; e ignora que el mal sólo se repara ontológicamente con el bien.

Esto nos lleva a enlazar con el argumento tradicional *cristiano*, tan próximo al pensamiento occidental, de la *dignidad* del hombre como valor básico y de la vida como bien sagrado del que no cabe disponer al ser humano, sino sólo a Dios. Se insiste en la idea de que no resulta en absoluto paradójico preocuparse por la vida de *un* hombre aunque a diario la *Humanidad* entera se halle inmersa en desastres naturales, hecatombes bélicas y hambrunas, puesto que, una vez más, no es un problema cuantitativo, sino cualitativo: la vida de un solo hombre ya merece respeto.

En fin, a lo anterior hay que añadir una serie de argumentos *prácticos* de variada índole, algunos obviamente irracionales, como que la pena capital es más barata que la prisión, o el riesgo que en ésta se corre de evasión, o que la prisión puede resultar,

llegado el caso, más aflictiva incluso que la privación de la vida. Por otro lado, son igualmente argumentos en contra de la pena capital los efectos desmoralizadores para la ciudadanía en general que las ejecuciones capitales públicas producen, su morboso atractivo para algunos, o lo criminoso y amoral de la existencia de una figura como el *verdugo*, históricamente estigmatizado como la tacha más grave –por Unamuno- y que acaba acostumbrándose a matar y, lo que es peor, ya no siente nada al hacerlo.²³

3 “NO MATARÁS” COMO NORMA MORAL

En la Moral *no* hay sanciones o, al menos, no se imponen coactivamente como en el Derecho. La única sanción en caso de incumplimiento de una norma moral sería de carácter *intangibile o ultraterreno*, el peso de la culpa en la conciencia o el castigo en una hipotética vida futura –lo que en la religión católica representa el Infierno y en otras religiones es la reencarnación en un ser de rango inferior-. En realidad, a diferencia del Derecho, que se configura en atención a la figura activa de las relaciones jurídicas, el titular de los derechos subjetivos y demás situaciones jurídicas de poder, la moral se estructura atendiendo a los deberes. Sólo hipotéticamente y en un sentido algo impropio podemos hablar de *Dios como titular de un derecho subjetivo* a obtener el cumplimiento de dichos deberes morales. Además, a diferencia de la Moral y la Religión, que en el ámbito ideal admiten la posibilidad de *castigos divinos* –así en la Biblia las plagas mandadas por el Dios de Israel a sus enemigos-, jurídicamente no cabe esta figura y el castigo ha de ser impuesto por un tercero imparcial –normalmente el juez-. Por ello también, frente a las categorías morales del *arrepentimiento y la contrición*, admisibles, e incluso recomendables, moralmente, sin embargo, jurídicamente sólo se admiten las sanciones impuestas por un sujeto distinto al autor de la ofensa. En lo que sí que coinciden el mundo jurídico –al menos en la época moderna- y el moral es en el *rechazo de la venganza privada*. Ésta no es admisible ni jurídica ni éticamente.

4 “NO MATARÁS” COMO NORMA RELIGIOSA

Tomamos como base la religión cristiana, la cual se encuentra situada en el punto medio e equidistante entre el castigo y el perdón. Así, el mandato “no mataras” se recoge en uno de los diez mandamientos en el Antiguo Testamento

²³ Marino Barbero Santos, “Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuesto para su reforma”, en *Nuevo Pensamiento*, 1975. *Pena de muerte: (el ocaso de un mito)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985. Amnesty International, *United States of America: The Death Penalty*, London, Amnesty International Publications, 1987. Hugo Adam Bedau, *Death is Different: Studies in the Morality, Law and Politics of Capital Punishment*, Boston, Northeastern University Press, 1987. Hugo Adam Bedau (ed.), *The Death Penalty in America: an Anthology*, Garden City, N.Y., Anchor Books, 1964. William L. Clay, *To Kill or not to Kill: Thoughts on Capital Punishment*. Editado por Michael y Mary Burgess, 1ª ed., San Bernardino, California, Borgo Press, 1990. Tom Sorell, *Moral Theory and Capital Punishment*, Oxford, U.K. – New York, USA, B. Blackwell en asociación con la Open University, 1988. Karattoluvu Ganapati Subramanyan (1903-), *Can the State Kill its Citizen?* Introducción de S. Mohan Kumarangalam, Madras, Madras Law Journal Office, 1969.

Los anhelos retribucionistas se asemejan en cierto modo a los instintos de venganza, de devolver mal por mal, siendo muchos los escritores que rechazan, como vil y rastrero, el dejarse arrastrar por los instintos ciegos de “*vindicta*”. A la misma conclusión llegan algunos teólogos (sobre todo protestantes), que reivindicán sólo para Dios el trono de la justicia punitiva, en base a muchos textos sagrados, que ponen el acento de la justicia sólo en manos del Señor y no en las de los hombres.

Tal doctrina no es nueva. El capítulo 22 del Éxodo pone en boca de Dios el mandato “*no matarás*”, y el capítulo 13 del Evangelio de San Mateo expone y comenta la parábola del trigo y la cizaña: “*No la arranquen los hombres... Ésa es tarea del Padre con sus ángeles*”. Existen muchas otras citas bíblicas, que podrían traerse a colación, para defender que la pena es la negación del Cristianismo, cuya esencia es, por el contrario, el perdón. Así: “*No juzgueis y no sereis juzgados. No te dejes vencer del mal, mas procura vencer al mal con el bien. Amad a vuestros enemigos; haced el bien a los que os aborrecen; orad por los que os persiguen y calumnian. No devolviendo mal por mal, ni maldición por maldición; antes al contrario, bendiciones. No os tomeis la justicia por vosotros mismos, amadísimos, antes dad lugar a la ira (de Dios); pues escrito está: A mí la venganza, yo hare justicia –dice el Señor-. Por el contrario, si tu enemigo tiene hambre, dale de comer; si tiene sed, dale de beber; que haciendo así amontonais carbones encendidos sobre su cabeza*”. Es la idea de que el mal no se soluciona con otro mal en sentido contrario –“*malum passionis*”-, sino con el bien –“*bonum actionis*”. A continuación vamos a examinar algunos de los textos bíblicos que sirven de fundamento al derecho a castigar, así como a la idea de perdón, y lo haremos distinguiendo entre las enseñanzas del Antiguo y del Nuevo Testamento.²⁴

Las Sagradas Escrituras admiten en varios pasajes el *ius puniendi*, por ejemplo en el citado capítulo 22 del Éxodo, en el cual se preceptúa la pena de muerte para los adoradores de ídolos, para el que mate a un ladrón que roba durante el día, etc. En términos generales, la exégesis actual de los textos bíblicos coincide, salvo raras excepciones, en la conclusión de que el Antiguo Testamento no reprueba la justicia retributiva.²⁵

En cuanto al Nuevo Testamento, los exegetas discuten mucho más en torno al tema del castigo. De hecho, existen también textos neotestamentarios de rasgos punitivos. Recuérdese, por ejemplo, la clásica cita de San Pablo a los Romanos, 13, 4: “*Porque el príncipe es un ministro de Dios puesto para tu bien. Pero si obras mal, tiembla: porque no en vano se ciñe la espada, como ministro de Dios, para ejercer su justicia castigando al que obra mal*”; y las palabras de Jesucristo a Pilatos: “*No tendrías potestad si no te hubiera sido dada de lo alto*”.

²⁴ J. Arthur Hoyles, *Punishment and the Bible*, London, Epworth Press, 1986. N. Lillie, “Towards a Biblical Doctrine of Punishment”, en *Scottish Journal of Theology*, 21, 1968, pp. 449-461. Jeffrie G. Murphy – Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, New York, Cambridge, 1989.

²⁵ Ver Richard Adamiak, *Justice and History in the Old Testament: the Evolution of Divine Retribution in the Historiographies of the Wilderness Generation*, Cleveland, J.T. Zubal, 1982.

Pero una de las características del Nuevo Testamento, frente al Antiguo, es, precisamente, que se basa en el amor y no en el temor; en un Dios hecho hombre y hermano, no en un Dios padre y pronto a la ira; en el perdón y la misericordia, más que en la venganza y la retribución. De hecho el Evangelio exige el perdón, pero admite la necesidad de la justicia penal humana: “*Si tu hermano te ofende, ve y házselo ver, a solas entre los dos. Si te hace caso, has ganado a tu hermano. Si no te hace caso, llama a otro o a otros dos, para que toda la cuestión quede zanjada apoyándose en dos o tres testigos. Si no les hace caso, díselo a la comunidad, y si no hace caso siquiera a la comunidad, considéralo como un pagano o un recaudador*” -Mateo, cap. 18, vers. 15, 16 y 17; Lucas, 17, 3.- En la misma línea del perdón y la misericordia, dice la Escritura: “*No devolvais mal por mal, ni insulto por insulto; al contrario, responded con bendiciones, pues a esto os llamaron*”... “*si tu enemigo tiene hambre, dale de comer; si tiene sed, dale de beber: así le sacarás los colores de la cara*”. “*No te dejes vencer por el mal, vence el mal a fuerza de bien.*” -1 Pedro, 3, 9; Romanos, 12, 20 s.- El perdón se configura así como recreador de víctimas y delincuentes. El *homo faber* trabaja, pero si abandona al *homo pius*, no crea.

¿Cómo resolver esta oposición entre unos textos favorables al *ius puniendi* y otros partidarios de una misericordia sin límites? Según la mayoría de la doctrina:

- Cuando el Nuevo Testamento prohíbe la retribución se refiere a los individuos en cuanto personas particulares, prescindiendo de las atribuciones y obligaciones de la autoridad social. En cambio, cuando se trata de las relaciones sociales, admite con suficiente claridad la autoridad punitiva.

- La exigencia bíblica del perdón no excluye una sanción punitiva. El perdón destruye la exigencia punitiva de la culpa, pero no la exigencia reequilibradora de la pena. El perdón destruye la exigencia punitiva de terceros, pero no la autoexigencia del delincuente ni la del bien común. El Estado puede y debe reconocer y ejercitar estas exigencias de la pena.

Lo indigno y cruel es la venganza, cosa muy distinta de la vindicta social o pena. La mitología griega lo simbolizó ya en el dualismo *Némesis* y *Temis*. Ambas llevan direcciones diametralmente opuestas: como veremos, la venganza privada brota de la pasión ciega del ofendido, mientras la retribución nace de la culpa jurídica personal del delincuente. Personas particulares, no superiores al delincuente, ejercitan la venganza privada, pero la retribución es llevada a cabo por la autoridad pública, con facultad delegada por Dios a través del pueblo. El capricho, la fuerza, la pasión ilimitada dan la medida de la venganza privada, mientras que la igualdad proporcional entre delito y pena limitan la retribución. La venganza privada persigue como fin supremo dañar al ofensor; en cambio, la retribución procura conseguir la reparación y recreación del orden jurídico y la defensa social.

En conclusión, teniendo en cuenta las modernas orientaciones exegéticas y el texto mismo de las Sagradas Escrituras, puede afirmarse que no tiene consistencia la objeción de quienes niegan la justicia retributiva basándose en textos escriturísticos.

La razón prohíbe la venganza privada, pero aprueba la vindicta social pública –la retribución-: un hombre particular nunca puede imponer castigo, ni el más mínimo, ni al mayor criminal, ni aún habiendo sido él la víctima del crimen. Se rechaza enérgicamente todo derecho punitivo para el hombre privado, aunque se admita la legítima defensa. De lo contrario el sujeto se obcecaría al ser juez en su propia causa.

Pero los teólogos, nuestros clásicos, así la Escuela teológica española de los siglos XVII en adelante, admiten la retribución en manos de la autoridad legítima, que habría recibido el *ius puniendi* directamente de Dios, y no de los súbditos –aunque por medio de ellos-. Este tema se ve también al estudiar la licitud de la pena de muerte y de la guerra, o al discutir si los señores pueden azotar a sus siervos, los maestros a sus discípulos, los esposos a sus mujeres... añadiendo un comentario –hoy chocante-: “sólo y siempre que sea necesario”. Es la idea de que:

- La autoridad “puede” castigar porque Dios, señor de todo, le delega este poder.
- La autoridad “debe” castigar porque la conservación de la Sociedad y del orden jurídico le exige la sanción de los delitos.

5 “NO MATARÁS” COMO USO SOCIAL

En los usos sociales – las llamadas reglas de decoro o de cortesía, *moeurs*, *Sitte* – lo único que conlleva su infracción es la crítica social: En el caso de los hábitos – *habits*, es decir, las costumbres que uno tiene, como levantarse o comer a determinadas horas del día- sería el *comentario* de los demás, en el caso de que sean muy extravagantes; y en el supuesto de las costumbres sociales – *customs*, es decir las costumbres de un círculo o grupo social, por ejemplo los usos que rigen la práctica de la abogacía o la indumentaria requerida por la etiqueta para acudir a determinados eventos-, sería la *exclusión del círculo* en el que rige la norma en cuestión. Pero ni en unos ni en otros, ni en los hábitos ni en las costumbres sociales, se nos puede exigir coactivamente su observancia.²⁶

²⁶ Eduardo A. Rabossi, *La justificación moral del castigo*, op. cit, pp 81-83, refiriéndose a Alf Ross, en el capítulo 3 de *On Guilt, Responsibility and Punishment*, London, 1975, pp. 37-38, que critica la caracterización del castigo ofrecida por Hart, porque no da cabida a la *desaprobación*. Dice Ross, “la desaprobación es un acto de pensamiento que, en sí mismo, no precisa ser comunicado a otros. Cuando es comunicado a quien violó la ley (*violator*) se denomina censura o reproche. En tal caso, no es sólo un acto de pensamiento, sino un acto de pensamiento con una función pragmática... transmitir sentimientos de desaprobación y actitudes de carácter generalmente desasociador, no benévolo y, aun, positivamente hostil... En consecuencia, el reproche no es meramente un juicio moral acerca de alguien sino, al mismo tiempo, una sanción; el reproche trae aparejado sufrimiento o, al menos, cierto grado de displacer, a aquél a quien se lo dirige... El castigo es a la vez sufrimiento y desaprobación, y los dos están, como se indica, íntimamente ligados entre sí. Hart pasa por alto esta conexión cuando caracteriza el castigo como un sufrimiento y no da cabida a la desaprobación”. Rabossi establece una posible respuesta a la objeción de Ross a Hart, diciendo que no hay que confundir “un elemento que puede acompañar –y que quizá sea deseable que acompañe- al castigo de índole penal, con las condiciones necesarias de tal castigo. Elevar la desaprobación a este rango implica que no es válido hablar de castigo en contextos penales cuando no se da la desaprobación. Y esto parece excesivo o directamente erróneo. De hecho, la desaprobación (la censura, el reproche) sólo son, por regla general, elementos acompañantes en dichos contextos; y hasta hay casos en los que normalmente ni siquiera son tales (por ejemplo, en la aplicación de penas a quienes delinquen por razones de conciencia, o para no violar principios morales que consideran básicos...)”

Si alguien no saluda a un amigo –uso social- éste le excluirá de su amistad; pero si un recluta no saluda a un superior jerárquico puede ser obligado a saludar o, si se niega, ser conducido al calabozo. Si un individuo no paga una deuda en una partida de cartas entre amigos tal vez ninguno de ellos quiera volver a jugar con él y se le excluirá del círculo de jugadores; si el que no paga es un contribuyente una deuda contraída con Hacienda, ésta podría requerirnos el pago forzoso o, llegado el caso, embargarnos.

Como uso social, el mandato “no matarás” se recogería, por ejemplo, en la prohibición actual, por considerarlo inmoral, de lo que venía siendo una regla o práctica social: la costumbre del duelo –no el religioso, sino el existente en épocas anteriores para saldar los lances de honor.