

# CUADERNOS ESIN



# 24

# SOCIEDAD

INSTITUTO PARA EL NUEVO CHILE

EDICIONES INC

INSTITUTO PARA EL NUEVO CHILE.

I.N.C.

Wijnhaven 25, 2e.verd.

3011 WH Rotterdam.

NEDERLAND.-

# CUADERNOS ESIN

SERGIO POLITOFF, Jurista, con estudios de post grado en la Universidad de Roma, Profesor Extraordinario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, docente en la Universidad Erasmus de Rotterdam.

Marino Barbero Santos, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, miembro del Consejo Científico Criminológico del Consejo de Europa, Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social.

*"NIÑA", J.C. Moreno Robles*

INSTITUTO PARA EL NUEVO CHILE

## DEMOCRACIA Y DESCRIMINALIZACION

Sergio Politoff

1.- Tuve algunas vacilaciones antes de decidir el tema de este curso.

Corresponde a las actividades de extensión de una Escuela de Verano, con alumnos de muy variada vocación e interés, que un profesor de derecho penal aborde el tema de la descriminalización que, aun para los especialistas, se encuentra todavía en una etapa de tratamiento embrionario?

Un lenguaje y una conceptualización adecuados están apenas en germen (1). Por lo demás, pareciera que, más allá de las fronteras políticas e ideológicas, los Estados coinciden en la necesidad de la pena con fundamentos que poco difieren.

"La pena es la reacción exigida por el derecho y la justicia a la culpabilidad", escribía el Papa Pio XII (2). El Código Penal de la República Democrática Alemana, de 1968, dice en su Preambulo que toda persona culpable de crimen o delito debe responder penalmente. Arthur Kaufmann, profesor en Munich, propone que se defina al hombre como un ser capaz de ser culpable y de recibir una pena (3).

Y he aquí, sin embargo, que en forma cada vez más consistente, sin ceder al requerimiento perentorio de ofrecer una alternativa completa y acabada, lucha por abrirse paso una tendencia hacia la descriminalización, que aspira a retirar competencia al Estado para imponer penas, siquiera respecto de un gran número de hechos que tradicionalmente fueron confiados a la ley penal. Lo que se cuestiona, de manera más o menos radical, es el fundamento mismo de la pretensión del Estado de castigar. Esa corriente debe afrontar no pocos lugares comunes, prejuicios hondamente enraizados y supuestas verdades axiomáticas, que se hacen descansar a veces en la naturaleza humana o en las contradicciones de la sociedad.

Pienso que el debate en torno a este importante asunto debe democratizarse. El problema trasciende con mucho el interés de expertos y profesionales e incumbe a todo el mundo.

No hablo de una preocupación "cultural" ("soy hombre y nada de lo que es humano me es ajeno"), sino de un interés directo, que tiene que ver -por ejemplo- con la clase de sociedad y la clase de Estado que aspiramos para nuestros países, cuando logremos zafarnos, en América Latina, de las dictaduras militares y de la doctrina de la "seguridad nacional".

Dice Michel Foucault (4) que los métodos punitivos deben ser examinados desde el punto de vista de la "táctica política". Es decir, no como simple consecuencia de reglas de derecho, sino como técnicas específicas en el campo más general de los diversos procedimientos de ejercicio del poder.

En este sentido la pregunta sobre la democracia es también una pregunta sobre el poder represivo del Estado, que no se agota con el examen del catálogo de las li-

bertades políticas.

La materia que nos ocupa concierne, en verdad, a la definición concreta de los derechos humanos en una zona tradicionalmente descuidada y oscura.

Cuando, luego del golpe del 11 de septiembre, "El Mercurio" daba cuenta que una patrulla militar sorprendió a un hombre robando una bicicleta, lo puso contra el muro y lo fusiló en el acto, la noticia no suscitó comentarios adversos en las publicaciones que denunciaban el terror de la Junta. Tal vez se pensaba que el énfasis debía limitarse a la feroz represión contra los trabajadores honrados y contra los cuadros políticos y sindicales. Lo cierto es que, como escribíamos apenas unos meses antes del golpe, "el respeto al hombre como tal trae consigo, como uno de sus aspectos, el respeto al hombre delincuente" y que, a su vez, "difícilmente una sociedad que no respeta al hombre como tal, sino que sólo respeta a ciertos hombres, podrá plantearse, de modo consecuente, el respeto por el hombre que delinque" (5).

Es más: existe una infundada creencia que subestima el efecto total del funcionamiento del sistema penal en la sociedad. Un estudio recientemente efectuado en Holanda mostró que un hombre sobre cinco es reconocido culpable de una infracción penal en el curso de su existencia y que uno sobre diez es condenado a lo menos una vez a una pena de prisión. Sin embargo, Holanda pertenece a los países que recurren de manera relativamente limitada al sistema penal con relación a otros países (6).

A ello cabe añadir la repartición desigual, particularmente irritante en el Chile a que estábamos acostumbrados, del sufrimiento creado por el funcionamiento del sistema penal, generalmente en perjuicio de las capas más débiles de la sociedad (7). La delincuencia "escondida" co-

metida por aquellos a quienes habitualmente se considera ciudadanos respetuosos de las leyes ( y que, por ende, no son casi nunca aprehendidos o condenados) contrasta con la previsión estereotipada de agentes de policía o jueces respecto de las categorías de personas que se supone susceptibles de caer en el delito (8).

Existe consenso en que la clase de régimen que sucederá a la dictadura no podrá consistir en la simple recomposición de las viejas instituciones. No se trata tan solo de sacar de sus asientos a los corrompidos magistrados de la Corte Suprema, coautores de la política represiva, y de reorganizar los tribunales de justicia, en lo que el acuerdo incluye hasta a los más moderados. La pregunta que nos ocupa se refiere a un nuevo ámbito para la libertad: los nuevos criterios que habrán de presidir la coacción del Estado, dentro del marco más general de una democracia nueva.

2.- Tal vez si el primer paso sea la desacralización del concepto de culpabilidad y de la pena como expiación de la culpabilidad.

"La culpabilidad es un tema eterno del derecho penal -dice Claus Roxin, profesor en Munich- y en rigor su problema principal". Y añade: "ella debe legitimar el derecho penal" (9).

Por supuesto que la relación entre culpabilidad y pena se halla en Tomas de Aquino (y a través de él en la doctrina de la Iglesia) (10), pero también en Kant y en Hegel (11), y a través de éste en la doctrina predominante en los países socialistas.

"Los problemas de la culpabilidad -dice el profesor John Lekschas, Director de la Sección Ciencias Jurídicas de la Universidad Humboldt de Berlín, R.D.A.- no re-

presenta una pregunta limitada al derecho penal. Ellos tocan al núcleo de la administración de justicia socialista".

Y luego:

"Si la auténtica culpabilidad criminal es tomada como punto de partida de la responsabilidad penal individual...el derecho penal adquiere sentido social y la calidad ética de derecho" (12).

Esta afirmación es muy importante. El derecho penal deja de ser simple "táctica política" (y adquiere, por ende, "sentido social" y la "calidad ética de derecho"), ya no es mero ejercicio de la fuerza desnuda del Estado, si se funda en la "auténtica culpabilidad criminal" del hechor.

Es más (y ésta es la idea central tomada de Hegel):

"El reconocimiento de la existencia de la culpabilidad es a la vez reconocimiento y respeto de la dignidad del ser humano. La prueba de la culpabilidad en el procedimiento judicial es por esto también un elemento de la respetabilidad de la persona como un ser capaz de autodeterminarse" (13).

El pensamiento de Hegel, en el sentido de que, a través de la pena, al delincuente se le honra como capaz de discernimiento, es predominante también en la doctrina penal de la R.F.A. que, a su vez, ejerce una poderosa influencia, no sólo en Europa, sino también en Japón (14) y en alguna de la más moderna literatura penal en Latinoamérica (15).

La admisión de la culpabilidad como fundamento de la pena trae consigo la necesidad de la pena cada vez que exista culpabilidad.

La pena puede tomar sobre sí otras funciones (de carácter preventivo), pero esta extensión de funciones no puede conducir a negar su función esencial que es de carácter expiatorio.

La necesidad del derecho penal no reside sólo en la reintegración del "orden" lesionado por la acción culpable, sino que es el medio para que el delincuente recupere su libertad moral. "El había renacido y lo sabía...", dice Raskolnikoff en "Crimen y Castigo" de Dostoiewski.

"No sólo la comunidad, sino también el delincuente mismo tiene derecho a la pena" (16), escribe Arthur Kaufmann. Si al culpable no se le da la posibilidad de expiación (y con ello la posibilidad de recuperar su libertad moral) se le trata como a alguien bajo tutela, incapaz de responder por sus actos, que a la manera de los animales reacciona determinado por sus impulsos.

"La pena supone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad", declara en un famoso fallo la Sala Penal del Tribunal Supremo de la R.F.A.". A través del juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor que no se haya comportado conforme a derecho, que se haya decidido contra el derecho, a pesar de que él hubiera podido comportarse y decidirse por el derecho. El fundamento interno del reproche de culpabilidad consiste en que el ser humano está constituido de modo de poder libre y responsablemente autodeterminarse y por ello es capaz de decidir, no en contra, sino en favor del derecho" (17).

Como la culpabilidad es el fundamento de la pena es también su medida, debe avenirse con la extensión de aquélla.

Hay sin duda una seducción en esta doctrina, que no por azar debe legitimar la función de la pena. Pero

-y ésto ha sido para mí una invencible paradoja- cómo explicar que tipos de sociedades diferentes, fundadas en principios y en valores a veces contrapuestos y a lo menos parcialmente hostiles, coincidan en el significado ético del reproche de culpabilidad para aquellos que "libre y voluntariamente" se deciden contra el derecho?.

Permítanme un ejemplo expresivo.

En un trabajo que el renombrado profesor Hans Welzel publicó en 1941 (18) -en pleno régimen de terrotrismo estatal hitleriano y cuando el mundo exterior al gabinete del profesor ardía por los cuatro costados- hizo consistir la culpabilidad en no dar a nuestros impulsos una dirección orientada en el sentido de los valores, es decir, conforme a las tareas (deberes) que nos impone el derecho. Se cuidó Welzel de precisar, para que no se vinculara su concepto de la culpabilidad con un positivismo vulgar, que el derecho no consiste sólo en el derecho fijado por la ley ni en el derecho aplicado por los tribunales, sino que abraza, además, "el sano sentimiento del pueblo" (19). (Recuérdese que, ya en 1935, otro famoso penalista, Edmund Mezger, hacía coincidir el "sano sentimiento del pueblo" con la ideología nacional-socialista, ya que el partido nazi incumbía, "en cuanto instrumento en la manos del FÜhrer...decidir lo que es materialmente antijurídico (20)).

En una metáfora algo confusa, muy propia de la predilección por el dilettantismo antropológico de la época, Welzel hace un parangón entre el ciego funcionamiento de los instintos vitales del animal y el condicionamiento forzado del hombre, obligado a conducir sus actos en el sentido de un orden supraindividual, que se identifica con los pueblos como portadores de la historia (21). De este modo, al subdito del Tercer Reich podía formularse el reproche ético de culpabilidad si no había dejado conducir sus impulsos en el sentido que le dictaba "el sano sentimiento del

pueblo", portador de la historia y creador del orden jurídico.

Puede verse que en toda teoría se esconden pagineros (Anotemos, de paso, que, en 1975, reeditó Welzel, sin añadidos o correcciones, el referido trabajo de 1941, subrayando así, tal vez una pretensión de validez permanente).

Los juristas que, bajo el nazismo, siguieron citando a Hegel para fundamentar el honor de que gozaba el delincuente al sufrir pena por su culpabilidad, cuando no eran directos colaboradores del régimen, mostraron a lo menos lo que Jaspers llamó "ceguera ante la desgracia de los demás... ausencia de fantasía del corazón", si no se quiere emplear palabras más duras para calificar su conducta oportunista.

Pero lo que ahora nos interesa destacar es que la culpabilidad entendida como reprochabilidad por el apartamiento, por parte del delincuente, de los valores encarnados en el orden jurídico, puede servir para hacer pasar la simple "táctica política" por un asunto de la ética más elevada.

"Como juristas -escribe Engisch en 1963- debemos darnos por satisfechos si podemos hallar para los conceptos culpabilidad y responsabilidad y para el mantenimiento de la fuerza penal del Estado una justificación que haga aparecer esos conceptos y esta acción estatal como razonables y necesarios" (22).

El cuestionamiento, sin embargo, de un tal fundamento para el mantenimiento de la fuerza penal del Estado no consiste sólo en la relatividad de los valores en que se asienta el respectivo orden jurídico. A diferencia de otras ciencias, la teoría penal no puede permitirse el

lujo de dejar sin esclarecer el contenido de este fundamento del derecho para castigar (23). Así, si el Estado suprime, restringe o afecta los derechos del individuo fundado en su culpabilidad, será preciso ponerse de acuerdo en qué consiste esa culpabilidad.

Si el fundamento no es convincente "para el mantenimiento de la fuerza penal del Estado" podemos plantearnos legítimamente la posibilidad "no de un mejor derecho penal, sino de algo mejor que el derecho penal" (24).

3.- Si se parte de la premisa de que la culpabilidad sirve de fundamento al castigo debería -consecuentemente- medirse la exigibilidad de una determinada conducta según las posibilidades de cada persona (25). La retribución o expiación carecen de todo sentido si la culpabilidad jurídica no es a la vez culpabilidad moral, o sea, donde no ha habido abuso de la libertad de decidir (26).

Pero, es que el juez se plantea efectivamente el problema del margen de libertad que tuvo una persona para decidir como lo hizo?

Tomemos una hipótesis de deserción. Es tan extraño -se preguntaba Engisch, en un artículo publicado en 1942- que debamos responder ante el juez por la culpabilidad en que hemos incurrido sobre la base de nuestras cualidades de carácter heredadas o adquiridas?. La experiencia enseña -añade- que el coraje y la cobardía pertenecen a las cualidades que están firmemente enraizadas en nuestro carácter congénito. Sin embargo, nadie aceptará la exculpación de un soldado llamado a responder (por deserción) aunque éste sea, indiscutiblemente, por naturaleza un tipo cobarde (27). También Welzel nos dice que la culpabilidad puede residir en una falla del carácter (28).

Y qué decir de los motivos, cuando éstos son de tal manera anormales y excepcionales que al sujeto no le

era exigible otra conducta conforme a derecho?. La opinión dominante nos dice que la admisión de un motivo de exculpación fundado en la no exigibilidad de otra conducta sería una "capitulación de la sociedad frente al delincuente", la "disolución del derecho penal". Un tal "tout comprendre c'est tout pardonner" -escribe Maurach- significa que el derecho penal se ve forzado a capitular ante la incapacidad de del individuo (29).

De manera, pues, que el derecho penal no se plantea la pregunta de si el reo pudo actuar en concreto de otra manera que como lo hizo.

No investigamos si el inculpado X poseía libertad de elección -dice la doctrina predominante- no estamos en condiciones de contestar, "en el terreno empírico" (30) si el autor en el momento del hecho pudo actuar de otro modo. El derecho penal debe, pues, "generalizar", y plantearse a lo más la pregunta sobre lo que puede exigirse normalmente de una persona que se halle en tal situación.

Como dice Adorno, la "libertad intelectual" del hombre es alabada, para así poder, sin inhibiciones, hacer responder a la "libertad empírica" y reprimir a ésta mejor, en consideración a la justificación metafísica de la pena (31).

Pero la decisión del juez sobre la capacidad de una persona para dirigir sus impulsos de un determinado modo no es una pregunta que pueda hacerse a un hombre abstracto; no es una pregunta teórica. El juez debería establecer un contacto con el reo, de carácter personal, una verdadera comunicación. No sólo el juez está, en cambio, determinado y confinado en su papel por las disposiciones esquemáticas de la ley y del procedimiento penal, si no que a la vez están conformados ellos mismos por la ideología dominante. Sobre la base de sus prejuicios, emite el juez conjetu-

ras sobre el uso de la libertad por parte del inculpado y le formula un reproche ético.

Pero para formular este reproche ético sería preciso conocer la historia del individuo a quien se juzga, incluso en sus procesos subconscientes, a la vez que despojar tal juicio de simpatías y antipatías. La experiencia muestra, por el contrario, que apoyado en un conocimiento estereotipado y superficial del acusado, el juez aplica sus pautas de moralización vulgar, sobre cuya base motiva el monto de la pena.

La culpabilidad como fundamento y legitimación de la pena es, pues, sólo una ficción que, a la vez que sirve de "coartada metafísica" para ennoblecer el poder represivo del Estado, elude la autocrítica del sistema al hacer recaer enteramente sobre la libertad individual hechos sobre los que, a lo menos, también existe co-responsabilidad de la sociedad (en este sentido, como se sabe, Dostoiéwski caracterizaba al delincuente como redentor, que toma sobre sí la culpa que otros debieran llevar).

Sin embargo, a la ficción en que reposa el reproche de culpabilidad se le extraen consecuencias de un rigor tan implacable como absurdo.

En el propósito de mostrar la preeminencia de la retribución por la culpabilidad, Hans Welzel propone el ejemplo de un ladrón que escala un muro para penetrar al lugar del delito y recibe un disparo, de los moradores o de la policía, de resultados de lo cual queda inválido. Todo riesgo, pues, de que este desventurado, que suponemos delincuente habitual, incurra en nuevos delitos se ha desvanecido por obra de su minusvalía física; no obstante lo cual Welzel reclama la pena agravada propia de los delincuentes habituales, ya que otra solución "destruye toda la idea de la culpabilidad de autor y de la expiación" (32).



Pareciera que los delincuentes son a menudo víctimas de los filósofos...

Una concepción que tome en cuenta la co-responsabilidad de la sociedad, como acontece con el concepto de culpabilidad en el derecho socialista de la R.D.A., no logra desvanecer el carácter puramente ficticio del juicio de reproche.

En efecto, el sistema penal de la R.D.A. establece de modo explícito que actúa culpablemente el que "no obstante las posibilidades que se le han dado para un comportamiento adecuado socialmente", realiza a través de un proceder irresponsable un hecho previsto como crimen o delito por la ley. Pero esta interesante y avanzada concepción no se acompaña de las formas jurídicas para demostrar que, en un caso concreto, no se habían dado al reo las posibilidades para un comportamiento socialmente adecuado. La existencia de tales posibilidades se transforma, así, en una premisa difícilmente impugnada. El propio Código presupone que en la sociedad socialista cada uno tiene las posibilidades para un comportamiento socialmente adecuado. El margen para una indagación concreta sobre las alternativas resulta así muy estrecho.

Como sea, aunque esta visión del asunto es sin duda más equitativa, no logra superar la barrera que separa al observador judicial de la realidad de lo que acontece en la cabeza del hechor (a lo que algunos escritores llaman el "misterio" de la libertad).

Aun la posición extrema en la afirmación de la libertad y de la responsabilidad individuales -por ejemplo, Jean Paul Sartre- nunca ha pretendido entregar la decisión sobre su presencia a un burocrata judicial. En el hecho, si ninguna moral general puede indicarnos lo que hay que hacer, ... ya que no hay otro legislador que uno mismo (33), el juicio sobre la culpabilidad no puede trasladarse a la cabeza de otro. (Re

cuérdese la obra de Sartre "Huis Clos": Garcin tratará por la eternidad, inútilmente, de persuadir a Inés de que no es un co barde).

4.- Si la culpabilidad no puede fundamentar y legitimar la pena, no es posible postular un derecho penal sin culpabilidad (o en que esta juegue un papel subordinado, puramente técnico) desde una perspectiva determinista?

Esta hipótesis gozó de popularidad, un cierto tiempo, en el derecho penal de los países socialistas.

En 1927 escribía el jurista soviético Pasukanis:

"El concepto jurídico de culpabilidad no es un concepto científico porque conduce a las contradicciones del indeterminismo. Desde el punto de vista de la relación causal que determina un acontecimiento no hay razón para privilegiar esta causa respecto de otras.

Las acciones de una persona psicológicamente anormal (inimputable) son determinadas por una serie de causas (cualidades hereditarias, condiciones de vida, medio circundante) de la misma manera que las de una persona enteramente normal (imputable)" (34).

Ya en 1917, en instrucciones del Comisario del Pueblo de Justicia, Stutchka, en un Decreto que contenía las líneas directrices para el derecho penal en la R.S.S. de Rusia, se establecía:

"En la elección de la pena debe tomarse en cuenta que, en una sociedad de clases, el delito es causado por las relaciones sociales en que el delincuente vive" (35).

Como antes hemos visto, el derecho penal de

fundamento determinista fue mas tarde abandonado en los países socialistas para dar entrada a un derecho penal fundado en la culpabilidad. "Como consecuencia de las experiencias de la legislación y de la práctica -escribe Igor Andrejew- el postulado de la culpabilidad es presentado como una garantía contra una represión injustificada".

Más duradero ha sido, en cambio, el influjo de la Escuela Positiva italiana (Lombroso, Ferri, Garofalo) que, con leves retoques, pervive en la corriente llamada de la Defensa Social Nueva (Filippo Grammatica). Estas tendencias también han ejercido una influencia considerable en países de América Latina.

La pena y el sistema penal no se fundan ni se legitiman ya por la culpabilidad, sino por la peligrosidad del hechor o, a lo menos, por su antisocialidad, concepto que es aplicable tanto a imputables como a inimputables. Lo que interesa es que el sujeto haya realizado un acto o una omisión que viola el orden social. Para establecer la antisocialidad del sujeto se considera, por supuesto, no sólo el hecho sino la personalidad del autor. La palabra pena es remplazada por otras tales como medidas de enmienda o curación. Se trata, en todo caso, de medidas que privan de la libertad, concebidas como defensa de la sociedad, lo que supone que su duración no está subordinada a la intensidad de la culpabilidad y al reproche ético, por ende, sino a las exigencias de la resocialización.

Las diversas variantes del determinismo en el sistema penal conciben el delito como fruto de una voluntad y un actuar humanos que son a su vez la resultante necesaria de una cadena ciega de fuerzas y factores que componen la causalidad natural.

"El delito -escribía Lombroso- es al fin y al cabo, tanto desde el punto de vista estadístico como antropoló-

gico, un fenomeno natural...al igual que el nacimiento, la muerte, la concepción...un fenomeno necesario" (36).

De lo que se trata, entonces, no es de sancionar por este hecho natural y necesario, sino de adoptar medidas de enmienda (o curación) que conduzcan a la adaptación del hechor al orden social.

Algunos autores -como Heyman- preconizaban una política de "selección artificial" para eliminar a los malos elementos de la sociedad, con medios tales como la prohibición de casarse, la segregación, la esterilización, la pena de muerte (37), aunque la tendencia predominante prefiere combinar la "defensa social" con consideraciones paternalistas y "humanitarias".

Como sea, son evidentes los riesgos de un sistema penal (o de defensa social) que concibe a la persona como un ser impotente ante su determinación natural y social y que lo transforma así en objeto de manipulación e intervención indefinida por parte del Estado. Lo mismo cabe decir de aquellos que, como Grammatica, ponen entre paréntesis el problema de la libertad, para decidir "científicamente, (factores biológicos, psicológicos y sociales) si al sujeto puede atribuirse "antisocialidad" (38).

Por otra parte, los criterios de la defensa social debieran conducir, consecuentemente, a que un insignificante delito cometido por un delincuente habitual lo haga soportar medidas severas y duraderas respecto de su libertad (mientras el Estado se empeñe en "readaptarlo" al orden social), en tanto que al autor de crímenes contra la humanidad, de quien -por ejemplo, por el cambio del contexto político- no deban esperarse nuevos crímenes, habría que dejarlo sin sanción. Inevitablemente se suscita un asunto de proporcionalidad, para lo cual el concepto de culpabilidad, que se ha abandonado, no podrá servir ya de correctivo.

Hay que convenir en que una pena desproporcionada, ya sea que se inspire en el supuesto beneficio futuro del reo o en el beneficio de otros criminales potenciales a quienes se quiere intimidar, compromete el sentimiento de justicia. Por otra parte, la aplicación de criterios de carácter preventivo para decidir la pena y su monto -en virtud de lo cuales los jueces justifican una pena severa fundados en la ejemplaridad (y la disuasión) o en el beneficio del reo- conduce forzosamente a falta de equidad y de igualdad en el tratamiento de hechos semejantes.

Se sigue de lo anterior que es por igual impugnable toda legitimación "a priori" de la pena, ya que ella pretenda fundarse en argumentos "metafísicos" (a la manera de Kant y Hegel), ya en criterios deterministas o "científicos" sobre la antisocialidad del sujeto.

Puede una pena severa aparecer como adecuada a la culpabilidad del hechor y ser, sin embargo, absurdamente desproporcionada (se piense en el "escalador" de Welzel).

Una larga pena puede parecer adecuada para la "resocialización" del delincuente y ser, en cambio, desproporcionada respecto de los valores representados en los derechos básicos del reo (piénsese en el delincuente habitual sorprendido en un hurto ínfimo).

Un interés social puede justificar objetivamente que se imponga una pena en un caso en que el delincuente ya no represente un peligro para el futuro (hipótesis del autor de crímenes contra la humanidad detenido en un contexto en que ya no pueden esperarse nuevos delitos de su parte). En este último caso el derecho penal toma en cuenta una necesidad de castigo, de raíz emocional, por parte de la sociedad, sin la cual no hay proporcionalidad posible en la iminación de delito común alguno (39).

Debemos concluir, entonces, que -despojada de una fundamentación y de una legitimidad "a priori"- la actividad penal del Estado debe ser relativizada y el sistema penal "desescalado" y reducido al mínimo, en una perspectiva abolicionista.

Ello también corresponde al "traspaso de poder del Estado" en que consisten también el concepto de participación y la democracia.

5.- Durante algún tiempo -lo que perviva la así llamada "memoria histórica" en Chile- no será fácil decidir la medida del desvalor de los delitos ordinarios, a la luz de las acciones criminales dispuestas, planificadas y llevadas a cabo en plena impunidad por los agentes del aparato del Estado.

Antes aludimos a la retórica de Welzel sobre el reproche que se formula al delincuente por haberse apartado de las tareas o deberes que conforman el sentido de la vida, por haberse "dejado llevar" de sus impulsos, en vez de determinarse por "las exigencias del orden jurídico" (40). Estas palabras resultan apenas soportables si se piensa que están escritas en 1941.

El Estado -vocero del reproche ético al ínfimo delincuente común, que se ha apartado de sus deberes respecto del orden jurídico y ha cedido a sus impulsos- era el autor de los más horribles crímenes masivos contra la humanidad.

"Me ha sorprendido, en cierto modo -escribía en 1942 otro importante jurista, Karl Engisch- cuando leí hace un par de meses en una sentencia penal que la circunstancia de que el acusado tenía una disposición homosexual podía ser considerada como fundamento para una disminución de la pena".

Corresponde a la "conciencia jurídica de nuestra época" -añade- que "cada uno deba gozar o soportar, respectivamente, las ventajas y desventajas políticas de su constitución congénita, sin consideración a que él "nada puede" respecto de tal constitución" (41).

Lo que sí debiera sorprendernos es que catedráticos de derecho penal, cuya sostenida vocación por el derecho, durante y después del nazismo, pocos incurren en la falta de tacto de recordar, se inquietaran precisamente en aquel período de la benignidad de la pena impuesta a un homosexual.

"Qué pensar de un observador imparcial -escribía en 1935 el profesor holandés W.A. Bongers- que echa una mirada a las cárceles y olvida que existen los campos de concentración?" (42).

(Recordemos otra vez a Jaspers en su reproche a sus colegas de las universidades alemanas: "Ceguera para el infortunio de los demás, falta de fantasía del corazón...").

Tampoco será persuasivo para muchos la atribución al Estado del papel de garante de la seguridad, que protege a los ciudadanos pacíficos frente a las acciones de los individuos antisociales. La huella de las atrocidades cometidas por los agentes del Estado criminal no podrá sino favorecer el parangón, y con ello el escepticismo, frente a la fundamentación moral de la pretensión punitiva y tutelar del Estado de derecho respecto del transgresor ordinario de la legalidad. A lo menos se verán resentidos los criterios tradicionales para medir la dañosidad social y la culpabilidad en los casos particulares.

Esta desconfianza frente a los agentes de la represión del Estado subsistirá, en mayor o menor grado, un

cierto tiempo. Téngase presente que gran parte de la resistencia a la legislación de protección del Estado sigue fundándose en los riesgos de "fascistización" y que, en importante medida, las tendencias para "descriminalizar" y "despenalizar" los conflictos sociales tienen el mismo origen.

Si ello es así, se darían por un cierto lapso presupuestos psicológicos y condiciones excepcionales que favorecerían, siquiera dentro de ciertos límites (impensables antes), un enfoque descriminalizador de la sociedad chilena, así como la aparición de formulas distintas del sistema penal para afrontar los comportamientos no deseados. Para infligir sufrimiento y "estigmatizar", que son los productos más típicos del sistema penal (43) se hará difícil la "buena conciencia". Recuérdese que Radbruch reclamaba "mala conciencia" al buen jurista (44). Esa "mala conciencia" -que, en nuestro caso, tiene que ver también con los padecimientos que ha debido soportar el "hombre sencillo" por obra de la "táctica política"- puede ayudar a dismantelar la represión por parte del Estado, a lo menos de hechos de bagatela o de conflictos abordables de otro modo. Escribía el Presidente Allende a la Corte Suprema, en junio de 1973: "Resulta inadmisibles que los procedimientos propios, del derecho penal se an empleados para dirimir conflictos jurídicos de compleja y controvertible dilucidación".

Las exigencias de la realidad bajo la dictadura han impuesto en Chile, como primera prioridad y en el primer rango de cualquier discurso político o jurídico, la reivindicación de los derechos humanos. Las reflexiones sobre el contenido y alcance de los derechos de la persona, que antes apenas si se hallaban en las páginas introductorias de los tratados de derecho positivo, con un vago carácter programático, harán impensable en el futuro que aspecto alguno de la institucionalidad pueda legitimamente ser sustraído de la pregunta sobre los efectos concretos sobre la libertad y la dignidad de los individuos. En especial cuando se trate

de normas que tienen que ver con la coacción del Estado.

La crítica del sistema penal, esto es, de los textos legislativos, la actividad de los tribunales y de la policía, el régimen penitenciario y otros servicios administrativos (que en cuanto aparatos burocráticos tienen una lógica interna que los induce a "producir" lo más posible) relacionados con los hechos calificados de delitos y su tratamiento, debiera conducir, por lo dicho antes, no a una extensión del campo de aplicación de los medios tradicionales de la política penal, en particular la privación de libertad, sino a la drástica reducción del empleo de estos medios, con una perspectiva abolicionista.

6.- No se trata, por supuesto, de asumir en plenitud una "doctrina en boga" y trasladarla, sin más, con otras novedades copiadas por los exiliados desde la diáspora, a una realidad que apenas podemos vislumbrar.

Seguramente el trauma de la dictadura, que aparecerá para muchos como el castigo a las utopías, a los excesos de osadía verbalista y al dilettantismo, traerá consigo escepticismo y desconfianza. Pero la justificada cautela no puede conducir a que nos resignemos a "nuestra religión de los viejos tiempos" y, por ende, a perpetuar o reconstruir una de las más injustas e ineficaces estructuras del "viejo régimen" -el aparato de represión penal- que no por azar sirvió con fidelidad y casi sin innovaciones estructurales a la represión oficial de la dictadura (la represión extraoficial, en las mazmorras y casas de tortura y exterminio de la DINA y la CNI, fue amparada por el resto del sistema, utilizado como cobertura).

La demostración empírica de la incapacidad de la justicia penal para resolver problemas confiados tradicionalmente a su competencia -y que ha conducido a una verdadera crisis de legitimidad del sistema penal y de su ideolo-

gía- ha salido ya, hace tiempo, de los escritos y las cátedras, para transformarse en un asunto de la práctica legislativa de numerosos países.

Las ideas renovadoras que, por tantos motivos, son valederas en Chile, deberán adaptarse a las condiciones objetivas de la restauración democrática.

7.- Las viejas instituciones consentían o producían (el sistema penal es en sí mismo un grave problema social) graves injusticias que se harán intolerables. El asunto consiste en repensar esas estructuras con un enfoque descriminalizador de la sociedad chilena. En primer término, habrá que re-visar la extendida convicción tradicional de que es bastante para legitimar el encierro de una persona en la cárcel la voluntad de hacer prevalecer un interés determinado, ya se trate de mejorar las garantías de un acreedor o de cambiar la política económica del gobierno (45).

(En Chile se concibe como perfectamente normal que el que compra una cosa mueble a plazo y dispone de ella antes de haberla pagado deba ir a la cárcel).

Un gran número de conductas podrían ser extraídas de jure o de facto de la incriminación sin que haya ningún riesgo de la tan temida "disolución social".

Tomemos un ejemplo. El Código Penal chileno castiga, al igual que el C.P. de la R.F.A. y otros muchos, el delito de incesto -relaciones sexuales entre determinados parientes- aun si el hecho tiene lugar entre parientes por afinidad. El C.P. de la R.D.A. no incluye a los cuñados. El C.P. de Holanda no castiga el incesto en ningún caso, se trate de padres e hijos, hermanos, suegros, yernos, nueras o cuñados (Existe sólo un precepto (art. 249) que castiga los actos deshonestos cometidos por padres, maestros, guardadores, etc. respecto del menor sometido a su cuidado).

Uno puede preguntarse si es que acaso la moral sexual o las buenas costumbres o las razones eugenésicas que -se supone- habría que tutelar con pena de cárcel están "mejor protegidas" en Chile o Alemania Federal que en Holanda.

La cuestión no tiene nada de sofisteria académica. Con arreglo al Código cubano la pena de incesto para el ascendiente puede llegar a cinco años de privación de libertad y en Holanda por el mismo hecho, no se impone pena alguna. Es bastante evidente que toda la retórica sobre "idiotización" de los pueblos no consigue mostrar el por qué de la necesidad de la cárcel para hechos semejantes (y ello nada tiene que ver con la opinión que cada uno es libre de tener desde el punto de vista ético).

La descriminalización de conducta que hasta ahora han estado sometidas a pena puede tener lugar porque un comportamiento se valore en lo sucesivo como ejercicio de un derecho legítimo, o porque una concepción diferente del papel del Estado y de los derechos humanos implique la neutralidad del Estado respecto de cierto tipo de comportamiento, o aun en ciertos casos porque, aunque se siga desaprobando una cierta forma de comportamiento y se reconozca la competencia del Estado, se prefiera simplemente no hacer nada (cada vez que "el remedio sea peor que la enfermedad") o se busque una solución sustitutiva para las formas de reacción del sistema penal. Entre los sistemas sociales substitutivos pueden incluirse algunos de naturaleza jurídica (de derecho civil o de derecho administrativo) o de naturaleza no jurídica (sistema sanitario, sistema de protección social, sistema educativo, etc.) (46).

Una idea muy fecunda como criterio orientador del nuevo enfoque del funcionamiento del sistema penal es la aseveración del criminólogo noruego Christie de que, con frecuencia, el aparato jurídico burocrático "roba" el conflicto

a los directamente interesados (47).

Hay que tener presente que el sistema penal no funciona como un intermediario entre la víctima y el autor, sino que el conflicto entre la víctima y el autor se transforma en un conflicto entre el acusado y el Estado. El Estado se apropia del daño sufrido por la víctima. Salvo cuando ésta dispone de medios para contratar un abogado experto (que a menudo se convierte en socio de la víctima, en pos de la indemnización), las más de las veces, sobre todo cuando la víctima es de escasos recursos, ésta es relegada al papel de espectador impotente que sirve de pretexto a la intervención del sistema.

El sistema chileno acentúa las desigualdades por la ausencia de ministerio público que ejercite la acción penal. Mientras la gran masa de víctimas pierde toda participación en su propio caso, del que se apoderan las instancias abstractas del sistema penal, un grupo selecto consigue, mediante la diligencia y las expectativas de sus abogados, tomar el control del proceso penal, cuya suerte -la absolución o la pena o el monto de ésta- queda determinada por los cabildeos y el tira y afloja de la indemnización.

Una buena parte de los hechos que se zanján con el encierro del inculcado podrían ser abordados y tratados en el marco social en que ellos se han generado o producido (la familia, el lugar de trabajo, la institución, la población, etc.), sin "robar" el problema a los interesados para entregarlo a instancias abstractas que operan mucho después de que se suscitó y de manera generalmente inadecuada. Pero a la vez el hechor debe ser protegido de la voracidad de los "acreedores" (víctimas que disponen a su antojo de la acción penal como instrumento de extorsión), impidiendo que la pena se convierta en una mercancía.

Si renunciamos a la "racionalización" y a la

justificación de la pena en si misma, la atención del Estado podría ir más bien a los problemas y conflictos de que el delito es causa o consecuencia, inventando nuevas vías para resolver esos conflictos y problemas, con intervención, si cabe, de los directamente afectados.

Una importante "solución de remplazo" para muchos hechos conminados con pena es, desde luego, un aumento de la tolerancia, que tiene que ver con un conocimiento realista del ser humano y de la sociedad (48). Otras soluciones tienen que ver con una distinta forma de control social.

Tomemos como ejemplo los cheques sin fondos, que constituye en muchos países uno de los delitos patrimoniales mas frecuentes. Hay otros países, en cambio, en que -como acontece en Holanda y en la R.F.A.- el establecimiento de un sistema de cheques garantizados suprime la posibilidad misma de que los acreedores sean perjudicados, lo que significa, en la práctica, una descriminalización de facto de los cheques sin provisión.

Parecidas soluciones pueden operar para la descriminalización de los contratos de venta a crédito. No se advierte la razón para poner la fuerza represiva del Estado al servicio de relaciones de crédito libremente aceptadas. Una tal descriminalización tendría un efecto "moralizador" del crédito, aun a costa de deprimir el "consumismo".

Muchos otros delitos contra la propiedad que, en ocasiones, corresponden a lo que se acostumbra llamar "de lincuencia de bagatela" pueden ser descriminalizados, en una u otra forma. Diversas legislaciones establecen, por ejemplo, la posibilidad de sobreseer cuando la culpabilidad es pequeña y no existe un interes general para justificar la aplicación de una pena.

La oligarquía capitalista y terrateniente con

sagró, en Chile, al amparo de su propiedad "una minuciosidad casi exasperante" (49). Y así, el sabio legislador se cuidó de precisar matices tan sutiles como la apropiación de "las plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos, esquilándolos o cortándoles las plumas, pelos, crines o cerdas ..." (art. 449 C.P.), conminando el hurto con penas que pueden llegar, en tales casos, hasta a tres años de presidio. Ello sin contar las enormes penas agravadas para el hurto de animales o aves "que se mantengan en viveros, criaderos o terrenos cercados" (art. 449, inc. 2), el castigo de la tentativa como delito consumado y de los encubridores como cómplices y los inicuos sistemas de presunciones de responsabilidad (arts. 450 y 454 C.P.).

Cabe tener presente que la noción de despenalización abarca todo lo que importe "desescalada" en el interior del sistema penal. Es así que el paso de una infracción de la categoría de "crimen" o "simple delito" al de "falta" puede ser considerado una forma de "despenalización". Lo mismo si una pena privativa de libertad es remplazada por una sanción cuyos efectos secundarios son menos negativos (50). De esta manera, cuando no parezca practicable una completa "descriminalización", siempre habrá cabida para "desescalar" (despenalizar) el absurdo rigor de la tutela penal de la propiedad.

Otro aspecto relevante de la perspectiva descriminalizadora es el abandono del derecho penal como instrumento para forzar el triunfo de ideas morales, religiosas o filosóficas (51).

Aquí tiene cabida, desde luego, la incriminación del aborto voluntario, asunto muy vinculado al fariseísmo y al "integrismo" católico, pero a veces también (o solamente) explicable por un obstinado apego al castigo del Estado como única forma posible de expresar el respeto por un valor. El régimen de Pinochet se echa sobre su conciencia,

sin escrupulos, la tortura y el exterminio de miles de chilenos, pero consagra con rango constitucional la protección de la vida del feto. El Papa recorre los países de América Latina hablándole a los pueblos hambrientos, expoliados y martirizados del amparo de la vida del que está por nacer. No pocas personas de buena voluntad se oponen a la descriminalización del aborto porque piensan que el sufrimiento y el estigma de la pena del Estado es la única manera de expresar el respeto por la vida incipiente.

Y aquí regresamos al punto de partida. La pena no debe ser considerada como la necesaria consecuencia de la culpabilidad. El sistema penal añade nuevos conflictos y problemas, aun más graves por su costo social, a los que han decidido a una mujer a destruir el germen del hijo no deseado. Otras vías pueden elegir los que quieran subrayar el valor de la vida del que está por nacer. Se trata, sin embargo, de aspectos éticos que quedan fuera del mínimo indispensable que incumbe a la fuerza represiva del Estado.

En el ámbito de los delitos sexuales encuentra su expresión, más que en otros objetos de tutela penal, el reflejo de la filosofía moral que aspira a imponer el obediencia a un orden natural que fija lo que es bueno o malo. Este orden natural impediría a los seres humanos comportarse en el plano sexual conforme a sus preferencias o deseos. La ley penal ayudaría a inhibir los malos impulsos y a asegurar la vía recta del comportamiento sexual normal y decente. A veces las propias neurosis de los jueces los hacen exasperar su severidad a propósito de esta clase de hechos ("el homosexual y el exhibicionista -escribe Comfort- son pacientes perseguidos por otros pacientes" (52)).

Por supuesto que la ley penal chilena es muy anterior a Freud, pero aun códigos penales muy recientes se empeñan en proteger a través de penas privativas de libertad "el normal desarrollo de las relaciones sexuales".

De que hay que descriminalizar numerosas conductas tipificadas como delito cuando hay un ejercicio de la libertad personal, desaprobado o no por el "orden natural", parece bastante evidente. Más complicado es el punto cuando la libertad puede ser cuestionada, como acontece cuando se trata de un menor de edad. Las costumbres difieren de un país a otro y mientras en algunos se encargan los padres de proscribir severamente la actividad sexual de sus hijos menores, en otros ésta es consentida desde una edad relativamente temprana. Esto sólo muestra de suyo la inconveniencia de fijar criterios rígidos que permiten al "indignado super-yo" (54) de algunos padres causar verdaderos estragos psicológicos en sus hijos, forzándolos a participar en procesos penales cuyas consecuencias, la mayoría de las veces, superan con creces los daños que pudieran haberse seguido de lo que pudo ser visto, originalmente, como "juego prohibido". Un juego en que el niño rara vez sintió un efecto irreversible se transforma, precisamente por obra del sistema penal, en un trauma perdurable (de la reacción que el hecho produce con la entrada en acción del aparato judicial, siente el niño que "su vida futura deberá pasarla en silla de ruedas" (55)). Añádase a lo anterior que muy rara vez la pedofilia va acompañada de verdadera violencia; ésta, que a veces conduce a la muerte del niño, es precisamente causada por el temor por parte del hechor de lo que le espera si es descubierto.

Todo esto obliga a repensar la utilidad del sistema penal en el plano de la vida sexual. Como dice C. Gutter: "no se quiere decir con ello que en los casos que pertenecen hoy a la categoría de delitos sexuales nunca habría motivo para actividad desde "afuera". En un cierto número de casos sienten uno o más de los afectados claramente necesidad de ayuda exterior. Ocuparse de que esta ayuda sea suministrada corresponde sin duda a la autoridad. Mi reparo contra la intervención del sistema penal es que, en principio, ella no está dirigida hacia el suministro de ayuda y, por ende, no es dependiente de la pregunta si la ayuda es ne



cesaría y mucho menos sobre lo que es necesario desde ese punto de vista" (56). Para decidir en qué casos corresponde intervenir al sistema penal hay que tomar en cuenta para qué clase de intervención ese sistema está organizado (57). La "presencia en la calle" de la fuerza del Estado la habilita, por ejemplo, para amparar a la víctima de un atentado contra su libertad sexual. Las sanciones ulteriores debieran estar, sin embargo, determinadas por criterios de oportunidad muy flexibles, en que la utilidad y el interés de la víctima juegan un papel importante. Cabe considerar, ya se ha dicho, que -en el marco de la descriminalización- puede establecerse que el Estado se abstenga de perseguir o paralice la persecución penal, entregándolo a las partes interesadas, con la ayuda o no de un organismo no penal (diversión), cuando ello corresponda mejor a las conveniencias del caso.

8.- Seguramente no sería la mejor solución proceder, una vez restaurada la democracia- a una reforma íntegra del código penal y de sus leyes complementarias.

La experiencia muestra que esa clase de programas, por su amplitud, genera discusiones interminables, a veces por decenios.

Más practicable sería la introducción de uno o dos artículos que consagren una muy vasta flexibilidad en la clase de penas y en los marcos penales (por ejemplo, el mínimo generalizado de un día del Código holandés), establezca formas de substitución para las penas privativas de libertad, consagre el sobreseimiento para los casos en que no se advierta una culpabilidad y un interés social considerables y otorgue importancia a la opinión exculpante de la víctima. Desde este punto de vista es esencial la reforma del procedimiento penal, creando un Ministerio Público efectivo, dotado, entre otras atribuciones bien conocidas, de la posibilidad de no iniciar o de paralizar el procedimiento, por razones fundadas simplemente en el interés general (la pregunta

que el Ministerio Público habrá de formularse siempre ha de ser el por qué del castigo y no el por qué omitir la pena). Tal es el sistema llamado de la oportunidad (que, a diferencia del principio de legalidad) no obliga a perseguir todos los hechos que presenten caracteres de delito. Por supuesto que a la víctima habrá que entregarle los medios procesales para impugnar la decisión del Ministerio Público cuando no a parezca equitativa. Los abusos del Estado por efecto de su pasividad (por ejemplo, para amparar hechos gravemente daño sos sólo por razones de "táctica política") conduce, de acuerdo con los principios generales del derecho público, a la responsabilidad política.

En suma: las reformas deben crear las condiciones para descriminalizar de jure o de facto, reduciendo la aplicación del sistema penal en sus formas extremas de privación de libertad para casos no abordables de otro modo en las condiciones existentes. En ese marco quedarán determinadas figuras legales de protección del Estado, ya que los crímenes sin precedentes cometidos por los agentes de la dic tadura se convertirán, muy probablemente, en arteras o impla cables formas de atentado contra la institucionalidad democrática.

El sistema que perviva deberá ser, en todo caso, uno en que imperen los criterios de proporcionalidad, combinando con realismo las exigencias objetivas de la "defensa social" con las subjetivas de la "culpabilidad". Sin que unas y otras sean manejadas como criterios de legitimidad "a priori" -ni "ciencia" ni "metafísica"- tales exigencias han de ponderarse provisionalmente, a la espera de que la experiencia cultural de la humanidad consiga inventar algo "mejor que el derecho penal" para disuadir de la comisión de hechos no deseados o responder al sentimiento de justicia de la sociedad.

La democracia no consiste sólo en el "traspa-

so de poder" del Estado, sino, como algo correlativo, en la autodisciplina individual y social. En el plano de la participación, tal vez debería revisarse con serenidad la iniciativa de los tribunales vecinales, promovida en la época del Presidente Allende. Ese proyecto no carecía de defectos, pero su concepción general era muy positiva para promover la solución en la base de un gran número de conflictos que a veces se agravan por no hallar cauces para ser resueltos.

Superados los excesos demagógicos de aquella polémica, bien valdría la pena comparar esa idea con otras semejantes, que aspiran a introducir la participación también en la esfera de la solución de los conflictos.

#### NOTAS:

- (1) Cf. Rapport sur la Décriminalisation. Comité Europeen pour les problemes criminels. Comité restreint d'experts sur la décriminalisation, Strasbourg, 1979, p.3.
- (2) Z.H. Paus Pius XII, Schuld en straf. Uitgave van het hoofdbestuur van de Katholieke Reclasseringsvereniging, p.9.
- (3) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Heidelberg 1976, p.116.
- (4) Michel Foucault, Surveiller et punir. Naissance de la prison, Gallimard, 1975, p.28.
- (5) Sergio Politoff y Juan Bustos, La nueva Defensa Social, en Apuntes, Marzo-Abril 1973, N.5, p.48.
- (6) Vid. Rapport sur la Décriminalisation cit. p. 13
- (7) Cfr. L.H.C.Hulsman, Een abolitionistisch (afschaffend) perspectief op het strafrechtelijk systeem, en Problematiek van de strafrechtspraak, Nederlands Gesprek Centrum, Bosch & Keuning N.V., Baarn, 1979, p. 57.
- (8) Vid. Rapport sur la Décriminalisation cit. p. 17.
- (9) Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, en Festschrift für Paul Bockelmann, München, 1979, p. 279.
- (10) Cfr. W.J.A.J. Duyngtee C.S.S.R., De leer der straf van den Thomas v. Aquino, N.V. Dekker & Van de Vegt en J.W. van Leeuwen, Nijmegen-Utrecht, 1928.
- (11) Cfr. Leo Polak, Hegel's leer der straf, J.Emmering, Amsterdam, 1925.
- (12) John Lekschas, Zu einigen Grundfragen der Schuld, insbesondere zum Entscheidungsbegriff, en Neue Justiz, vol. 9, 1973, p.254.
- (13) Vid. Polak, op.cit.
- (14) Cfr.p.ej. Taira Fukuda, Die finale Handlungslehre Welzels und die japanische strafrechtsdogmatik, en Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag. Walter de Gruyter, 1974, p.251.
- (15) Vid. p.ej. Hans-Heinrich Jeschek, Strafen und Massregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika im Vergleich mit dem deutschen Rechts, en Festschrift für Ernst Heinitz zum 70 Geburtstag, De Gruyter, 1972, p. 717.
- (16) Arthur Kaufmann, op.cit. p.272.
- (17) B.G.H.St.2, 194 y ss. (202).
- (18) Hans Welzel, Persönlichkeit und Schuld, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1941, Bd. 60.
- (19) Hans Welzel, op.cit. p. 455, nota 56.
- (20) Edmund Mezger, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1942, Bd. 61, p.10.
- (21) Welzwl, op.cit. p. 455.
- (22) Karl Engisch, Die Lehre von der Willemsfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Walter de Gruyter, Berlin, 1963, p. 65; vid. asimismo, Engisch, Zur Idee der Täterschuld Kritische Betrachtungen zu: Paul Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, 2 Teil, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1942, p. 166 y ss.
- (23) Vid. en este sentido, Günter Ellscheid y Winfried Hassemer, Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, en Civitas, Jahrbuch für Sozialwissenschaften, 9 Band, 1970, p.27.
- (24) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4.a ed., K.F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1950, p. 269.

- (25) Cfr. p.ej., entre muchos, Friedrich Nowakowski, Perspectiven zur Strafrechtsdogmatik, Springer-Verlag, Wien-New York, 1981, pp.49 y ss.
- (26) Ibidem.
- (27) Vid. Engisch, op.cit. p. 174.
- (28) Vid. Welzel, op.cit.
- (29) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.a ed., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 368.
- (30) Edmund Mezger, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studiebuch, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1970, p. 162.
- (31) Theodor W.Adorno, Negative Dialektik, Frankfurt am Main, 1966, p. 212.
- (32) Welzel, op.cit. p. 462.
- (33) Jean-Paul Sartre, L'existentialisme est un humanisme, Ed. Nagel, Paris, 1946.
- (34) Eugeni B. Pasukanis, Teoría general del derecho y marxismo, trad. Virgilio Zapatero, Ed. Labor, Barcelona, 1976, p. 153.
- (35) Cit. p. Johannes Nagler, Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechens, F.Enke, Stuttgart, 1933, p. 44.
- (36) Cit. p.D. Simons, Problemen van het Strafrecht, Ned. Bibliotheek, 1929, p. 40.
- (37) G.Heymans, Einführung in die Ethiek, Barth, Leipzig, 1914, p. 314.
- (38) Cfr. Filippo Grammatica, Principi di Difesa Sociale, Padova, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milano, 1961.
- (39) En este sentido, Ellscheid y Hassemann, op.cit.p.46.
- (40) Cfr. Welzel, op.cit.
- (41) Engisch, Zur Idee der Täterschuld cit. p. 174.
- (42) W.A. Bongers, Het "nieuwe" Strafrecht (publicado originalmente en Magazijn 54 (1935), Panholzer, Amsterdam, 1978, p.6.
- (43) Cfr. Hulsman, op.cit.
- (44) Cit.p. Alessandro Baratta, Criminología e Dogmatica Penale Passato e Futuro del Modello Integrato di Scienza Penalistica, en La Questione Criminale, Bologna, maggio-agosto 1979, p. 171.
- (45) Cfr. Sergio Politoff, Estado de Derecho y Descriminalización, en Reflexión 80-81, Ed. I.N.C., Rotterdam, 1981, p. 170 y ss.
- (46) Ibidem.
- (47) N.Christie, Conflict as Property, en The British Journal of Criminology, vol. 17, n.1.
- (48) Cfr. Rapport sur la Décriminalisation, cit.
- (49) Sergio Politoff, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado sobre el Proyecto de Ley que tipifica delitos de carácter económico, boletín 26.790, p.6.
- (50) Vid. Rapport sur la Décriminalisation cit.
- (51) Ibidem.
- (52) Cit. p.C.Gutter, en Strafrecht en Sexualiteit, Verslag van de gelijknamige conferentie georganiseerd door de Humanistische Stichting Socrates, 1970, cfr. pp. 13 y ss.
- (53) Gutter, op.cit.
- (54) Ibidem.
- (55) Ibidem.
- (56) Ibidem.
- (57) Ibidem.

DERECHO A LA VIDA Y PENA DE MUERTE.-

Marino Barbero Santos

El factor socio-político es uno de los que configuran el sistema punitivo de un país. Pero, a su vez, es el que juega un papel decisivo en su cambio. Ninguna parcela del ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones políticas que la penal. Cuando cambia la constitución política de un Estado está próxima la transformación de su sistema punitivo y viceversa. Un país que transforma más o menos radicalmente las leyes penales en que predominan elementos de carácter socio-político, ha cambiado, está cambiando o cambiará, más o menos radicalmente, el contenido de sus instituciones políticas. La explicación de que esto ocurra se basa en el hecho de que en las leyes penales incide la forma más enérgica que en las no penales el reconocimiento de las libertades y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.(1)

De todos los derechos y libertades el derecho a la vida ocupa el absoluto primado. En la Constitución Española, por ejemplo, se consagra en el primer artículo, el 15, que encabeza la Sección que regula los derechos fundamentales y las libertades públicas. Y lo mismo acaece en otras Constituciones democráticas, entendiéndose por tales, en sentido sustancial, las que reconocen los derechos inviolables de la naturaleza humana en su ser individual, las que admiten que el individuo es el valor supremo en torno al cual todo lo social gravita.

Antítesis de la vida es la muerte. Vida y muerte no pueden, por tanto, coexistir. Un Estado que reconoce como fundamental el valor de la vida humana, tiene, consecuentemente, que rechazar la pena capital. Pero un Estado que coloca la vida en la cúspide de la pirámide que conforman los derechos inviolables no puede ser, desde el plano especulativo, más que un Estado democrático.

Un problema, henchido de sugerencias, lógica consecuencia de lo expuesto, es el de determinar la eventual correlación entre pena de muerte y democracia en la realidad socio-política.

Bettiol manifestó en su penetrante estudio "Sulla pena di morte" Relación presentada en Coimbra en 1967, en el Coloquio Conmemorativo del Centenario de la Abolición de la pena de muerte en Portugal, (2) que entre democracia e inadmisión de pena capital no existe una constante necesaria, sino una tendencia.

Es cierto, como afirmó el eminente penalista italiano recientemente desaparecido, que entre Estado abolicionista y Estado democrático no existe una constante necesaria, pero a mi juicio, hay algo más que una tendencia. La regla general es la relación entre democracia y abolición, no teniendo más valor que el de ejemplos residuales la cita que puede hacerse de Estados democráticos no abolicionistas. La realidad es que de los cuatro que Bettiol citaba, dos, Inglaterra y Francia, ya la han derogado. La norma general es, pues, que pena de muerte y democracia marchen unidas. Gran Bretaña y Francia, hasta tiempos recientes, y hoy Bélgica, son muestras, prácticamente únicas, de Estados democráticos no abolicionistas. Por lo demás, Bélgica es abolicionista de facto, y la Commission pour la revision du Code pénal belga, en Sesión plenaria de 5 de abril de 1979, se inclinó mayoritariamente por la supresión de la pena de muerte: de 18 miembros (16 presentes), ocho se pronunciaron por la abolición completa, dos por la supresión tan sólo en tiempos de paz y 6 por su mantenimiento, con la cláusula de su no ejecución en tiempos de paz. En sentido contrario, Uruguay, cuya tenebrosa dictadura presente ningún parentesco tiene con su admirable democrático pasado, conserva aún en vigor su Constitución de 1967 -es sabido que aproximadamente el 57% del electorado votó en contra de una Constitución nueva preparada por la Comisión de Asuntos Políticos de las Fuerzas Armadas, en el plebiscito de 30 de noviembre de 1980 (3) Constitución de 1967, vigente, que declara taxativamente en su artículo 26 que nadie puede ser condenado a muerte. Ha de añadirse, empero, que Uruguay salva la prohibición constitucional utilizando el sistema denominado justamente de "ejecuciones capitales sin intervención judicial que se concretan en mortíferas actividades carniceras de bandas parapoliciales y paramilitares (4). Sistema que según López Rey, también utiliza Argentina(5), aunque a este País no le es necesario por haber reintroducido en 1976 la pena de muerte, con olvido, incluso, de las limitaciones del texto constitucional(6). Ejecuciones extrajudiciales que en 1981 fueron particularmente frecuentes en Centroamérica.

Ha de afirmarse, por tanto, en principio una correlación, que ni siquiera es simple, sino doble, entre democracia y abolición, y entre pena de muerte y Estado autoritario, que, por otra parte, encuentra confirmación histórica.

Un inicio de abolición de la pena de muerte constituyó en Francia su supresión para la delincuencia política y la introducción de la guillotina, que fué posible merced a los principios inspiradores de la Revolución de 1789. El Código penal italiano de 1930, reintrodujo la pena de muerte en nombre de la ideología autoritaria dominante a la sazón (7), pena que suprime -salvo para supuestos de guerra-, la Constitución de 27 de diciembre de 1947 que estatuye en su artículo primero que "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro". La derrota alemana en la Segunda Guerra Mundial, año 1945, hizo posible la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En ella se incluye un artículo, el 102, que lapidariamente establece: "Die Todesstrafe ist abgeschafft" (Queda abolida la pena capital). No fue casual la acogida del precepto, sino la consecuente reacción jurídico-moral a una larga historia de terrorismo de Estado jalonada por miles de ejecuciones capitales (8). La desaparición de la Dictadura hitleriana alumbró una época democrática que halló su máxima expresión punitiva en el artículo 102 del Texto constitucional.

Asimismo en España, y es el último ejemplo a que voy a acudir, la abolición por vez primera en un Código penal de la pena de muerte pudo hacerse bajo el imperio de la Constitución de la II República, que estructuró, en 1931, un Estado democrático (9) sensible a los ideales del socialismo humanista (10). Restablecida en el mismo Código, el 5 de julio de 1938, en plena guerra civil, se enseñoreó dominadora durante la larga noche de la Dictadura, que sólo alboreó en Democracia al fallecer, al cabo de cuarenta años de gobierno despótico, el general Francisco Franco. La Constitución de 1978, solemne marco jurídico de las reencontradas libertades públicas, consagró al más alto rango la abolición del máximo castigo.

De acuerdo con el Informe 1981 de Amnistía Internacional (11), el 30 de abril de 1981 existían en el mundo 40 países abolicionistas; 23 que habían suprimido la pena capital por entero y 17 que la habían efectuado para los solos delitos comunes. Si el número de Estados que en la actualidad existen supera la cifra de 150, esto quiere decir que no hay motivos para ser optimistas, ni respecto al dramático tema de la pena de muerte, dado que más de cien países la admiten, casi las tres cuartas partes, ni respecto al no menos importante, con él conexo, a nuestro juicio, de la amplitud del autoritarismo político en el orbe.

El problema aumenta en gravedad al observar que no se trata sólo de la acogida legislativa de la pena de muerte, sino asimismo de su aplicación. Si la Encuesta llevada a cabo por las Naciones Unidas sobre los Estados Miembros en el periodo que abarca de 1974 a 1978 -publicada en 1980-, llevó al estremecedor resultado de que, en 62 Países que respondieron al Cuestionario, se habían dictado 2.364 condenas capitales y ejecutado 713 (12), Amnistía Internacional denunció, en el Informe 1981, citado, que durante el año que transcurre de enero a diciembre de 1980 en tan sólo 29 países se tuvo conocimiento de la ejecución de 1.229 personas, lo que constituye un auténtico baño de sangre, que datos posteriores aún agravan: en enero de 1982, sólo en Irán, 255 personas fueron ejecutadas; desde el derrocamiento del sha lo han sido más de 4.000.

Según una noticia que el 5 de septiembre publicaba el periódico "La Nación", de Buenos Aires, de acuerdo con datos de Amnesty International en 1981 fueron ejecutadas 3.278 personas en 34 países, cifra que casi triplica la del año anterior.

A pesar de ello, entiendo que la importancia de la pena capital es más cualitativa que cuantitativa. Al lado de las muertes que en el universo causan los fraudes de alimentos, el terrorismo, las guerras, a la desnutrición, las cifras de penas capitales, no obstante su enormidad, son modestas. El significado de la abolición deriva de su vinculación a un estadio avanzado de desarrollo de las concepciones ético-jurídico colectivas: el Estado exterioriza el primero, como debe, y de manera formal, el valor que para la colectividad posee la vida humana. Este estadio, sin consolidar aún, la humanidad sólo lo alcanza con el alborear de la Edad Contemporánea, es decir,

muy tardíamente. Para un pensar que corresponda a nuestra época causa profunda extrañeza que hasta el siglo XVIII la generalidad de las mentes más insignes: Sócrates, Platón, Tomás de Aquino, Erasmo, Isidoro de Sevilla, Vitoria, Lutero o Kant, aceptarían sin reservas que el Estado pudiera, mediante la imposición de penas, privar al individuo de su propia vida.

La idea contraria, que la pena de muerte carezca de derecho de ciudadanía en un mundo sensible a los valores de la persona humana, hoy dominante entre los pensadores más eminentes, con dificultad se abre camino en amplios estratos sociales y llega a ser acogida legislativamente: la abolición de la pena de muerte es una cuestión limitada en la práctica al mundo democrático occidental.

Conforte en este sentido es, empero, que la abolición se haya consagrado, en más de un país de los pertenecientes a este área, en la propia Constitución. Entre los europeos pueden citarse: La República Federal de Alemania, Austria, Portugal e Islandia. Suiza la limita a la delincuencia política: su artículo 65 establece que "Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden". Y España e Italia no la extienden, - la abolición -, a las infracciones cometidas en tiempos de guerra. El Código penal suizo no la prevé tampoco para los delitos cometidos en tiempos de paz.

Entre los países Centro y Sudamericanos han llevado a la Constitución la supresión del máximo castigo: Colombia (art. 29 de la Constitución de 1887, modificada en 1910), Panamá (art. 29 de la Constitución de 1946), Ecuador (art. 28 de la Constitución de 1967), Venezuela (art. 58 de la Constitución de 1961), Honduras (art. 56 de la Constitución de 1965); República Dominicana, art. 8 de la Constitución de 1966, Puerto Rico, art. 2 de la Sección 7 de la Const. de 1952. Mientras un segundo grupo de Estados, México, Argentina, Haití y Paraguay, excluyen constitucionalmente la pena capital para la sólo delincuencia política. Perú, en Constitución adoptada en julio de 1979 abolió, es cierto, la pena capital (13) pero el General Jefe del Ejecutivo la ha impuesto alegando la creciente alarma que el crimen produce en la Nación. El nuevo periodo instaurado el 28 de julio de 1980, al acceder un civil a la Presidencia, tras 12 años de gobierno militar, ha puesto fin a esta situación.

No son los citados los únicos países abolicionistas. Sin consagración Constitucional también la han derogado de iure o de facto, entre otros, Gran Bretaña, El Vaticano, Dinamarca, Bélgica, Grecia, Liechtenstein, Luxemburgo, Francia y, con efecto de 17 de febrero de 1983, Holanda.

El 19 de diciembre de 1969 Gran Bretaña abolió de forma definitiva la pena de muerte para el asesinato, tras un periodo de cinco años de supresión ad experimentum, y como culminación de una campaña, que algún autor pudo denominar "cruzada" (14) que se inició al constituirse, en 1949, la Royal Commission on Capital Punishment.

A la abolición contribuyó de forma decisiva junto a otros factores (publicación de varios libros, actividad parlamentaria de Silvermann etc.) un notorio caso de craso error judicial que conmovió a la opinión pública: el de Timoty Evans, ejecutado por el asesinato de su mujer Beryl, y de su hija. En 1953, cuatro años después, John Christie, principal testigo de cargo contra Evans, era condenado como asesino de seis mujeres, entre ellas su propia esposa, cuyos cadáveres aparecieron en la casa en la que tanto él como Evans habían habitado. A numerosas circunstancias coincidentes, entre otras la de relaciones sexuales post mortem, se añadió la propia confesión de Christie de haber matado a Beryl. Hoy en Inglaterra, Escocia y Gales solo es dable imponer la pena de muerte por unos estatutos obsoletos que punen los daños e incendios en arsenales, la piratería o la alta traición, y que la última vez que han sido aplicados fué con motivo de la Segunda Guerra Mundial (15).

En el Vaticano la abolición de iure se produjo en 1969. El hecho ha de subrayarse por más de un motivo: por la alta significación espiritual de este Estado; por contarse en cientos de millones el número de católicos; y por romper con una tradición secular no fácilmente explicable en una institución que, por una parte, concretaba su concepción al respecto en la fórmula "Ecclesia non sitit sanguinem" y, por otra, no tenía el menor embarazo en prever la máxima pena en sus leyes.

No menos significativo es el caso de Francia. Impulsora por obra del pensamiento de la Ilustración o de Las Luces del Derecho penal moderno, redujo ya, en el Code pénal de 1791, los delitos capitales de 115 a 32 y estableció como única modalidad de ejecución la guillotina, sin aditamento de suplicio alguno. "La pena de muerte"-proclama el art. 2 del Código citado-"consistirá en la simple privación de la vida." Se convirtió asimismo en paladín de su supresión para la delincuencia política, abolición que consagra el artículo 5 de la Constitución de 4 de noviembre de 1848. Resultado al que contribuye, es obligado decirlo, la famosa obra de Guizot, escrita en 1822, "De la peine de mort en matière politique".

Pero en esos logros Francia quedó anclada durante más de un siglo, haciendo verdad la predicción de Cavour de que entre los grandes Estados de Europa no daría el ejemplo de ser la primera en abolir la pena de muerte, porque en Francia es más difícil, quizás, hacer una reforma que una revolución (16).

Al fin, el 18 de septiembre de 1981 la Asamblea Nacional francesa por 369 votos contra 116 aprobó el Proyecto de Ley gubernamental que estipuló que "la pena de muerte queda abolida. La cuestión, incluida por Mitterrand en su programa electoral, fué defendida en la Cámara por el ministro de justicia Robert Badinter, autor del conocido libro "L' exécution". La abolición de iure es de fecha 8 de octubre de 1981.

Las encuestas mostraban durante esos días que el 52% de los franceses estaban a favor de mantenerla. Medio año antes, en el sondeo efectuado por el Journal de Dimanche, el 3 de febrero de 1981, el 63 por ciento se había declarado favorable a ella, pero ya entonces, finales de mayo, Mitterrand hizo por vez primera uso del derecho de gracia, salvando de la guillotina a Philippe Maurice, asesino de dos policías, mostrando con claridad el camino que se debía seguir.

En esta ocasión la Iglesia católica, que tanto influencia tiene en Francia, se lo había facilitado. El admirable documento elaborado por la Comisión social del Episcopado francés: "Elementos de reflexión sobre la pena de muerte", de 23 de enero de 1978, concluía con estos términos "En Francia, la pena de muerte tiene que ser abolida".

No es posible limitarse, empero, a mencionar

esta conclusión. Es obligada, por el contrario, la cita de algunos pasos de este documento que rompe con una tradición eclesial secular:

"Numerosos hombres y mujeres son sensibles hoy día a las múltiples amenazas que se ciernen sobre la vida humana. Por esta causa es tan acusada entre ellos el sentimiento del derecho de vivir. La pena de muerte se les presenta como un signo de no-civilización, y ven en ella un abuso del poder del hombre sobre el hombre: el hombre culpable no debe recibir su derecho a vivir de otros hombres que le juzguen digno de ello. Este derecho viene de más lejos. La sociedad, incluso al término de un proceso ordinario, no puede disponer de la vida de un hombre, bajo el pretexto de su culpabilidad. El derecho a la vida es un absoluto, y la pena de muerte una de las formas de menosprecio de la vida humana. Semejante convicción, fuertemente revalorizada por la corriente personalista en sus exigencias respecto al refinamiento de las costumbres, caracteriza la mentalidad contemporánea, sobre todo la de los jóvenes. Incide también en la del cristiano para quien la vida es un don de Dios(...) Desde las primeras páginas de la Biblia, aparece la razón fundamental del respeto debido a la vida del hombre: el hombre es creado a imagen de Dios (Génesis, 1, 27). El acto creador establece una relación privilegiada entre Dios y el hombre. Su vida pertenece a Dios. Es sagrada. Igualmente, el relato del asesinato de Abel por Cain adquiere una significación particularmente importante para nosotros hoy. Bajo la forma literaria de una anécdota, este relato tiene un valor universal a través de la cultura y de los tiempos: Dios no condena al asesino a la muerte(...) En muchas circunstancias, Jesús revela que la misericordia de Dios le interese sobre toda otra consideración, aunque estuviese inscrita en la ley de Moisés. Desde el comienzo de su magisterio abolió la "ley del talión"(...). 'Habeis oído que se dijo: ojo por ojo y diente por diente. Y yo os digo que no pongais resistencia al malvado(...) Y en una circunstancia famosa, Jesús toma partido contra la pena de muerte que prescribía un artículo de la ley de Moisés. El texto es significativo: 'Esta mujer ha sido sorprendida en flagrante delito de adulterio. En su ley, Moisés ordenó apedrear a estas mujeres. Tu, qué dices respecto a ello?'. La interpelación es concreta: se trata de saber si Jesús se va a atrever a contravenir la ley de Moisés. 'Mujer, nadie te ha condenado. Yo tampoco te condenaré. Marchate, y no peques más'. Este episodio es muy importante para nuestro estudio. Nos libera respecto a los argumentos tomados de la legislación mosaica y nos indica en qué sentido marcha el pensamiento de Jesús".

A los abolicionistas de iure se ha de unir los de facto.

En Liechtenstein la ejecución más reciente (por delito de alta traición) se remonta a 1854. En Grecia no se ejecutó a nadie desde la reinstauración de la democracia: la última tuvo lugar el 25 de agosto de 1972. Desde entonces se ha dictado pena de muerte en dos ocasiones, contra dos terroristas palestinos y tres ex-dirigentes de la Junta militar, todas conmutadas por cadena perpetua (17). En Bélgica la última ejecución por delito común se produjo en 1918.

En Andorra, la ejecución capital más reciente se cumplió el 18 de octubre de 1943. Y la que le precede en el tiempo, un siglo antes: el año 1845. Según los usos y costumbres la forma de ejecución es la horca, pero un Decreto de la Mitra de Urgel, de 23 de noviembre de 1854 (18) la sustituyó por el garrote. En la ejecución citada, de 18 de octubre de 1943, no se utilizó, sin embargo, ninguna de las dos modalidades. Por carecer de verdugo el Principado, y a falta de sustituto voluntario, el Tribunal de Corts -órgano jurisdiccional competente en supuesto de delitos- decidió que el autor, que había asesinado a una hermana y a un hermano con el fin de heredarles, fuese pasado por las armas. El macabro espectáculo se llevó a cabo en solemne ceremonia pública en un paraje contiguo al cementerio de Andorra la Vella (19).

La abolición de facto poco significa, ya que resulta fácil imponer la pena capital de nuevo si se estima oportuno. El ejemplo de Turquía lo evidencia. Desde 1972 a septiembre de 1980 no se ejecutó a ninguna persona (20). El 12 de septiembre de 1980 un golpe militar disolvió el Parlamento. Los poderes ejecutivos y legislativos se atribuyeron al Consejo de Seguridad Nacional encabezado por el Jefe de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, Kenan Evren. Antes de acabar el año se realizaban las primeras cuatro ejecuciones desde 1972 (21). Hasta el 14 de marzo de 1982 eran 13 el número de personas ajusticiadas desde que Evren tomó el poder (22) y para varias decenas se había dictado sentencia capital. Durante 1981 Turquía ha sido el único país de Europa occidental donde se han llevado a cabo ejecuciones.

Ni siquiera el reconocimiento legislativo o jurisprudencial de la abolición significa que la cuestión esté para siempre resuelta. Del segundo supuesto es muestra Estados Unidos. El Tribunal Supremo declaró, en 1972, contrario a las Enmiendas 8 y 14 de la Constitución (que prohíben las penas crueles y desacostumbradas y exige que se observen las garantías procesales), la imposición de pena de muerte en los casos en que se conceda facultad a los tribunales -lo que antes ocurría en la mayor parte de los Estados- para decidir acerca de la vida o muerte del imputado, es decir, en los casos en que la muerte se regule como pena alternativa.

En 1976 el mismo Tribunal declaró que la pena de muerte no siempre viola la Constitución : entre las dos fechas, una treintena de Estados habían reinstaurado la pena de muerte, obligando a imponerla como única en el caso de comisión de ciertos crímenes atroces. (23). Resultado: el 12 de agosto de 1982 moría en la silla eléctrica Frank Coppola, el quinto ejecutado desde que Gary Gilmore lo fuera en 1977, reanudada la aplicación del castigo supremo, y casi mil personas quedaban a la espera de sufrir similar suerte (24). Para alguna el aguardo no fué excesivo. Antes de terminar el año, el 6 de diciembre de 1982, por primera vez en la historia penal norteamericana un hombre, Charlie Brooks, de raza negra, era ejecutado mediante una inyección intravenosa de pentotal. La noticia conmovió al mundo.

En Gran Bretaña, por último, el 11 de mayo de 1982 el parlamento una vez más tenía que rechazar una propuesta para restablecer la pena capital por 332 votos a favor y 203 en contra (entre otros, el de la Sra. Thatcher) para terroristas y asesinos de policías. (25)

En Italia, igualmente, el 25 de febrero de 1982 el Parlamento rechazó por una mayoría aplastante, 292 votos contra 21, la petición del partido neofascista de Giorgio Almirante de restablecerla. Lo que resulta preocupante del caso italiano no es que la cuestión se haya podido plantear en el Parlamento, sino la posibilidad, de acuerdo con sondeos fiables, de que en el supuesto de haberse sometido a referéndum popular la petición se hubiera aceptado.

En los países socialistas, y en coherencia con lo que anteriormente expusimos, el problema de la abolición de la pena de muerte, a nivel legislativo, les es ajeno. Todos la mantienen, a pesar de que lo efectúen a título de "pena de carácter excepcional", en espera del momento de su abolición. Así, el Código penal soviético, de 27 de octubre de 1960, reformado por ley de 25 de julio de 1962, intitula el artículo 23: Pena excepcional: la pena de muerte. Con el carácter de pena excepcional, en la espera de su completa abrogación, se autoriza la imposición de la pena de muerte -mediante fusilamiento- por conductas contra el Estado en los casos previstos por la ley de la URSS relativa a la "responsabilidad dolosa en que concurren circunstancias agravantes previstas en las leyes penales de la URSS, y en el presente Código, y por otras infracciones particularmente graves previstas de manera especial por la legislación de la URSS" (26).

De similar contenido son las disposiciones correspondientes de los Códigos de los diversos Estados de la Europa del Este (27). De acuerdo con ellas, en Bulgaria, por ejemplo, fueron ejecutadas, en 1981, cuatro personas: en junio, Marin e Iván Rashkov Metodiev. En noviembre, Zhivko H. Dimitrov. Y en diciembre, Hristo B. Georgiev (28). En Hungría, una, el 5 de septiembre (29). Y en Yugoslavia, tres. (30).

En la República Popular China, por el contrario, no se parte del carácter excepcional de la pena de muerte que, desde la ley para el castigo de los contrarrevolucionarios, de 1951, es prevista para numerosas infracciones y, asimismo, impuesta y ejecutada ampliamente (31). En el Código penal de 1º de julio de 1979, en vigor desde el 1º de enero de 1980, la pena capital (art. 28) constituye una de las cinco penas principales. En los casos en que la ejecución inmediata no es obligatoria, puede suspenderse esta durante dos años, previa aprobación del Tribunal Popular Superior (32), al cabo de los cuales si el sujeto se ha enmendado puede sustituirse por la reclusión perpetua o, incluso, temporal.

La situación es análoga en los restantes países de Asia, en muchos de los cuales aumentó en 1981 la cifra de ejecuciones capitales. En Afganistán, quince presos políticos, al menos, acabaron en el patíbulo. En Bangladesh doce personas fueron ejecutadas en septiembre por el asesinato del Presidente Ziaur Rahman. En Vietnam sólo en el segundo semestre se dictaron 14 sentencias de muerte. Mientras el número de ejecuciones en Paquistán a lo largo del año se elevó a varios centenares (33). Los únicos países que no prevén la pena de muerte para delitos comunes son Papúa-Nueva Guinea, Nepal y Nueva Zelanda. EN Sri Lanka no se ha impuesto ninguna desde 1977.



Igualmente fueron numerosas en 1981 las ejecuciones en Africa. En Chad dos soldados fueron públicamente fusilados (34). En Mozambique, once personas al menos murieron a causa de delitos de carácter político (35). En la República Centroafricana seis ex-funcionarios del régimen de Bokassa, convictos de asesinato, cayeron ante un pelotón de fusilamiento (36). Por el mismo título de imputación, ocho personas murieron en la horca en julio en Suazilandia. En Surafrica, el Gobierno informó que en 1980 se había llevado a cabo la ejecución de 130 personas. En 1981 el número de personas ahorcadas se elevó a 96 (37), etc. El único país africano que no prevé la pena capital en sus leyes es Cabo Verde (38).

Si la situación a nivel estatal de la pena de muerte, (como acabamos de ver) no proporciona demasiada base para sentir optimismo, el horizonte mejora desde un plano supraestatal: en este ámbito existe un inequívoco movimiento mundial en favor de la abolición. En este sentido se han exteriorizado las Naciones Unidas, en resoluciones varias, y el Consejo de Europa. Igualmente, las organizaciones no gubernamentales: Amnistía Internacional, Consejo Ecuménico de las Iglesias, Asociación Internacional de Abogados Demócratas, Comité Mundial Cuáquero, Pax Romana, Federación Internacional de Abogados, Federación Mundial de Estudiantes Cristianos, Confederación Mundial del Trabajo, Movimiento Internacional para la Unión Fraterna entre Pueblos y Razas, Asamblea Mundial de la Juventud, Confederación Internacional de Sindicatos Libres, etc.

Las organizaciones citadas y otras, hasta un total de 26, presentaron en Ginebra, con ocasión del V Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, que se celebró en aquella ciudad del 1 al 15 de septiembre de 1975, la siguiente resolución:

"Las organizaciones internacionales no gubernamentales relacionadas con la defensa de los derechos humanos más arriba citadas, afirmando su compromiso indeclinable en la protección del derecho a la vida de todo ser humano;

Reiterando su total oposición a cualquier forma de tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante;

Considerando que la pena de muerte viola ambos principios:

1. Solicitan de los gobiernos de los países que admiten la pena capital que dejen de utilizarla.

2. Solicitan de la Asamblea General de las Naciones Unidas que promulgue una declaración en el sentido de instar su total abolición mundial.

3. Solicitan de todas las organizaciones no gubernamentales reaccionadas con la defensa de los derechos humanos, que realicen

Decisivo impulso hacia la supresión en el Viejo Continente del máximo castigo lo constituye el hecho de que la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa se pronunciase en Estrasburgo el 22 de abril de 1980, por 98 votos a favor y 25 en contra, por la abolición de la pena de muerte, aceptando un proyecto de resolución del diputado social-demócrata sueco Carl Lidbom.

La resolución considera que la "pena de muerte es inhumana" y formula un llamamiento a los "Parlamentos de los Estados miembros del Consejo de Europa que mantienen la pena de muerte por crímenes cometidos en tiempos de paz, para que la supriman de sus leyes penales".

En el mismo sentido, la XII Conferencia de Ministros europeos de Justicia, celebrada en Luxemburgo los días 20 y 21 de mayo de 1980, considerando, entre otros argumentos, que la abolición de la pena capital en los Estados miembros constituye un fin a alcanzar, recomienda al Comité de Ministros del Consejo de Europa estudiar la posibilidad de elaborar nuevas normas europeas apropiadas concernientes a la abolición de la pena capital, y asimismo lo invita a encarar al Secretario General a que presente en la XIII Conferencia de Ministros europeos de Justicia un rapport sobre la evaluación y los progresos conseguidos en este campo.

En particular se ha estimado que el artículo 2 de la Convención europea de Derechos del Hombre no refleja ya la situación actual en lo que concierne a la pena de muerte en Europa. Este artículo habrá, pues, de modificarse, sea mediante la forma de lo que se denomina un protocole d'amendement, sea de un protocole additionnel, sea de una recommandation. Artículo 2 que si, por una parte, reconoce el Derecho de toda persona a la vida, permite, por otra, privar de ella en ejecución de una sentencia capital pronunciada por un Tribunal en el supuesto de que la ley prevea esta pena para el delito de que se trate.

En esta misma dirección, el Parlamento europeo, el 21 de noviembre de 1980, solicitaba que se suspendiese la ejecución de condenas capitales en todos los países pertenecientes a la Comunidad.

El Comité Europeo para los problemas criminales y el Comité Directivo para los Derechos del Hombre, invitados por el Comité de Ministros a tomar conocimiento de la Resolución sobre la pena de muerte, adoptada por la XII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, y a formular su opinión sobre la acción a emprender para abolir la pena de muerte en tiempo de paz, ha estimado -con fecha 22 de mayo de 1981-, que no se trata de una cuestión que pueda ser objeto de una negociación técnica, sino de una decisión que ha de tomarse al más alto nivel político.

Y que de los tres caminos posibles para hacerlo: un Protocolo de enmienda a la Convención Europea de Derechos del Hombre, una Recomendación o un Protocolo Adicional, las dos primeras parecen inviables por exigir la ratificación de todas las Partes contratantes, o la unanimidad en el seno del Comité de Ministros, respectivamente.

Se inclinaron, por ello, por la Adopción de un Protocolo adicional que, una vez adoptado y abierto a la signatura por el Comité de Ministros, entrará en vigor cuando sea ratificado por un cierto número de Estados (cinco, v.gr.), Partes de la Convención, y que no será aplicable más que a los Estados signatarios.

Los Ministros participantes en la XIII Conferencia de Ministros europeos de Justicia, celebrada en Atenas, se ocuparon de nuevo, el 28 de mayo de 1982, de la pena de muerte, y recordando la Resolución número 4 de la XI Conferencia y la Resolución número 4 de la XII Conferencia de Ministros europeos de Justicia, auguraron que el Proyecto de Protocolo adicional a la Convención europea de Derechos del Hombre concerniente a la abolición de la pena de muerte, elaborado por el Comité Director para los Derechos del Hombre fuese tomado en consideración por el Comité de Ministros lo más pronto posible (39).

Antes de transcurrir un año de este acuerdo, el 26 de enero de 1983, Tiedemans, Presidente en ejercicio del Comité de Ministros del Consejo de Europa, declaró ante la Asamblea Parlamentaria reunida en Estrasburgo con ocasión de su 34 sesión ordinaria que el 28 de abril se abrirá a la signatura de los Estados Miembros el Protocolo Adicional a la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre que consagra, en tiempos de paz, el principio de abolición de la pena de muerte y exige que en tiempos de guerra, o inminente peligro de guerra, sólo pueda imponerse la pena capital en los casos y en la forma previstos en las legislaciones que la prevean.

Antes de terminar la exposición es menester dedicar unas palabras a Chile.

Hasta 1973 la situación era análoga a la de los restantes países iberoamericanos no abolicionistas, es decir, que apenas se aplicaba la máxima pena. En el periodo de 1963 a 1973 sólo se cumplieron tres sentencias capitales, una en 1963 y otra, doble, en 1967. Pena única en algunas figuras de delito, por ley número 17.266, de 6 de enero de 1970, se suprimió esta posibilidad.

El problema más grave, a mi juicio, que a la sazón presentaba la pena capital en Chile -que a partir de 1970 era pena alternativa o grado superior de pena-, y así lo manifesté ya por entonces (40), era que la doctrina penal chilena omitiese analizar una institución que concede un marchamo macabro y sangriento a las legislaciones que la acogen. Tan sólo Novoa Monreal se ocupaba de ella, pero para admitirla en ciertos casos excepcionales de crímenes que pueden socavar las bases fundamentales de convivencia entre los hombres (41). Admisión que, por lo demás, contradecía la exigencia del autor de que uno de los caracteres de la pena en general es la humanidad "en el sentido de que deben excluirse las sanciones que hieren los sentimientos normales de respeto a la persona humana" (42). Y pocas penas hieren más vivamente los sentimientos normales de respeto a la persona humana que la pena capital.

Al reproche que en 1975 hice a la ciencia penal chilena de "pasar de largo" sin protesta sobre la pena de muerte, responde el profesor Etcheverry que ello en gran medida era innecesario "en nuestro medio científico donde los pareceres casi se han unificado hace tiempo en cuanto al rechazo de la pena de muerte", siendo, precisamente, a él debida la redacción del texto que se convertía en la ley número 17.266, citada, que restringía la aplicación de la pena de muerte, disminuyendo el número de delitos por esta sancionados y quitándole el carácter de pena única. Con ello -según el ilustre colega chileno-, se buscaba la abolición de hecho, por desuso, de la pena de muerte, como paso previo a su abolición formal (43).

La ponderada respuesta de Etcheverry - y la excepcional trascendencia de su propuesta legislativa - no modifica, empero, la idea que hace siete años expresé; la reafirma: La pena de muerte va desapareciendo paulatinamente de los ordenamientos mundiales no por la inercia derivada de la oposición intrínseca de esta pena a las concepciones ético-sociales imperantes en nuestra época, sino merced al incansable esfuerzo de quienes tienen por misión exponer las razones político-criminales que llevan en las legislaciones más progresivas a su desaparición. Sigo estimando por ello que la ciencia penal chilena - una de las primeras de nuestro mundo cultural - no puede satisfacerse con manifestar su postura contraria en principio a la existencia de esta pena. Ha de dar un paso más: convencer a la colectividad de su ineficacia; mostrar su irracionalidad.

La pena capital es uno de los problemas fundamentales del derecho criminal (44), en cuanto atañe a la eliminación por el Estado de la misma vida humana. Y el más horripilante y tenebroso, y no sólo porque vaya unido a la idea de muerte, sino por su efecto deletéreo: corrompe, destruye en el hombre todo residuo de humano sentimiento.

Para mostrarlo contaré, y con esta narración termino la exposición, una historia tétrica, una amarga historia, que el pasado 12 de mayo de 1982 refería García Marquez en las páginas de un diario español:

Es la historia real de un prisionero republicano que fué fusilado en los primeros días de nuestra guerra civil. El pelotón de fusilamiento lo sacó de su celda de la prisión de Avila, en un amanecer glacial de invierno mesetario, para conducirlo a pie, a través de un campo nevado, al lugar de ejecución. Los guardias civiles estaban bien protegidos del frío con capas, guantes y tricorpios, pero aún así tiritaban a través del yermo helado. El pobre prisionero que sólo llevaba una chaqueta de lana deshinchada, no hacía más que frotarse el cuerpo casi petrificado, mientras se lamentaba en voz alta del frío mortal. A un cierto momento, el comandante del pelotón, exasperado con los lamentos, le gritó: Coño, acaba ya de hacerte el martir con el cabrón del frío. Piensa en nosotros que tenemos que regresar.

#### Notas.-

- (1) Barbero Santos, Marino: Política y Derecho Penal en España, Madrid 1977, p.17.
- (2) Bettiol, Giuseppe: Sulla pena di morte, reimpresso en "Scritti giuridici 1966-1980", Padua, 1980, p.20.
- (3) Amnistía Internacional: Informe 1981, Barcelona, 1982, p.151.
- (4) Amnesty International. Die Todesstrafe, Reinbeck bei Hamburg, 1979, ps.33 y ss y 109-110.
- (5) Lopez Rey: General Overview of Capital Punishment as Legal Sanction, en "Federal Probation", Washington, 1980, marzo, pag.16.
- (6) El Código Penal de 1921, vigente, no incluyó la muerte en el catálogo de penas, con lo que amplió a la delincuencia común la abolición que en la delincuencia política operó el artículo 18 de la Constitución Nacional. Esta situación no se mantuvo inmutable a lo largo de los años. Dos bandos de septiembre de 1930 permitieron aplicarla en determinados supuestos-fué el primer aviso-, y, en contra del vaticinio de Juan P. Ramos, de que "la pena de muerte no volverá a figurar jamás en el Código Penal argentino", la ley 18953 la incluyó, en 1971, en el elenco de penas del artículo 5 del Código, con infracción de lo establecido en el artículo 18 del Texto Fundamental. Véase Rivacoba y Rivacoba: El espectro de la pena de muerte y la actualidad jurídica argentina (1960), en "Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales", Santa Fé, 1961, p.257 y ss. Baigún: Actualidad de las ideas de política criminal del Código penal de 1921 en el ámbito de la pena de muerte, en "Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino", 1973, p.61 y ss.
- (7) Bettiol, art. cit. p.18.
- (8) Dieterich: Vergleichende Studie der französischen und deutschen Moralisten angesichts der Todesstrafe, Schwäbisch Gmünd, 1980, ps. 7 y 14.
- (9) Vicens Vives: Aproximación a la Historia de España, Barcelona, 1966, p.179.
- (10) Carr: España 1808-1931, Barcelona, 1969, pag. 580.
- (11) Amnistía Internacional: Informe 1981, Barcelona, 1982.
- (12) Naciones Unidas. Consejo Económico y Social: Cuestiones de Derechos Humanos. La pena capital. Informe del Secretariado General. 7 febrero 1980, p.7.
- (13) Excepto por traición en tiempos de guerra con un país extranjero (art.235).
- (14) Tuttle, Elizabeth: The Crusade Against Capital Punishment in Great Britain, Londres, 1961.
- (15) Arroyo Zapatero, Luis: Abolición de la pena capital en Gran Bretaña, en "Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca", Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, ps.24 y 25. Del mismo: La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña, en Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", n.62, p.47 y ss.
- (16) Cfr. De Sellón, Valentine: La peine de mort au vingtième siècle, París, 1877, ps.48 y 49.
- (17) Amnistía Internacional: Informe 1981, Barcelona, 1982, p.246.
- (18) Co-príncipes de Andorra son el Obispo de Seo de Urgel y el Presidente de la República francesa.
- (19) Barbero Santos, Marino: La pena de muerte en la Constitución, en "Sistema" Madrid, 1981(42) pag.46. Higuera Guimera, Joan-Felip: El Dret Penal del Principat d' Andorra, Barcelona, 1982, p.64.
- (20) Barbero Santos, Marino: La pena de muerte en el Derecho histórico y actual, en Barbero Santos y otros "La pena de muerte: 6 respuestas", Madrid 1978, p.54.
- (21) Las dos primeras, de Mustafá Pehlivanagh y de Nedet Adali, el 8 de octubre de 1980.
- (22) Cfr. "El País", Madrid, de 14 de marzo de 1962. Algún condenado a muerte pudo evadirse. Entre ellos, Ali Agca que atentó contra la vida del Papa meses más tarde en la Plaza de San Pedro (Cfr. "La Cité" (Bruselas) de 4 de febrero de 1982.
- (23) Barbero Santos, Marino: La pena de muerte en el derecho histórico y actual, cit. ps.62 y ss.
- (24) 924, exactamente, a finales de 1981. Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, Costa Rica, 1982, pag.95.

- (25) Cfr. "Le Monde", de 13 de mayo de 1982.
- (26) Según Amnistía Internacional (Informe 1981, pag. 275) durante el año llegaron noticias de ejecución de unas 30 penas de muerte, por homicidio o crímenes de guerra. Se sabe, sin embargo, además, que varias personas han sido condenadas por delitos no violentos. En este sentido, el 28 de abril de 1982 la prensa occidental se hacía eco de la noticia publicada el día anterior en Pravda, del fusilamiento del ex-vice ministro de Pesca soviético Rytov por estar implicado en el escándalo del caviar.
- (27) Cfr. Barbero Santos: La pena de muerte en el derecho histórico y actual, cit. p. 52.
- (28) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. p. 229.
- (29) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. p. 240.
- (30) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. pag. 267.
- (31) Amnesty International: Die Todesstrafe, cit. p. 131, y Amnistía Internacional: Informe 1981, cit. p. 170 y ss. Según el diario "El País" de 4 de septiembre de 1981, al menos 100 personas habían sido ejecutadas en China en lo que iba del año.
- (32) Cfr. Tche-Hao Tsieu: Analyse des recents codes penal et de procedure penale de la Republique Populaire de China, en "Rev. de Science crim. et de droit penale compare", 1980, p. 644.
- (33) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. pag. 157.
- (34) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. p. 26.
- (35) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. p. 52.
- (36) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. p. 58.
- (37) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. p. 75.
- (38) Cfr. Amnistía Internacional: Informe 1982, cit. p. 12.
- (39) Turquía votó en contra de ésta resolución.
- (40) Barbero Santos, Mariano: La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código chileno en el panorama actual del Derecho penal, en "Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en la celebración del Centenario del Código Penal Chileno", Valparaiso, 1975, p. 37.
- (41) Novoa Monreal: Curso de Derecho penal chileno, Santiago de Chile, 1966, II, p. 338.
- (42) Novoa Monreal, ob. cit. p. 316.
- (43) Etcheverry: Derecho Penal, Parte General (2 edición), Santiago de Chile, 1976, II, pg. 107 (nota). Estas esperanzas, por desgracia, se han visto frustradas. Para que la abolición por desuso se consuma habrá que aguardar algún tiempo: al alborar el 22 de octubre de 1982 caían fusilados en la prisión de Calama dos agentes de la policía política chilena convictos de doble asesinato y robo en una sucursal bancaria. Hacía 15 años que en Chile nadie era ejecutado en virtud de sentencia judicial dictada por la jurisdicción común.
- (44) En contra, Etcheverry: (Derecho Penal, Parte General, Santiago de Chile, 1964, II, p. 147), para quien se trata de un punto de la Filosofía del Derecho. Tesis que reitera en la segunda edición de su obra citada en la nota anterior.