

JOSE JIMENEZ VILLAREJO (Málaga)

---

## PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA PENA DE MUERTE

El título de este trabajo —“Perspectivas actuales de la pena de muerte”— responde a un propósito y a un convencimiento. El propósito es el de plantear el tema desde la altura de nuestro tiempo y, por consiguiente, con perspectiva histórica. El convencimiento afecta a la actualidad del tema.

Creo que el tema de la pena de muerte —contra lo que, a veces, se oye decir— tiene actualidad, vigencia. Al menos en aquellos países que, como el nuestro, mantienen esa pena en su escala de sanciones. Con frecuencia se alega que, al fin y al cabo, pocas veces se impone la pena de muerte, y aún menos veces se ejecuta. Y ello es cierto. Pero, con independencia de que esas pocas veces sean suficientes para sensibilizar cualquier conciencia mínimamente despierta, lo decisivo para un jurista es que la pena de muerte o cualquier otra sanción esté o no esté en el Código. Si está, su imposición será, llegado el caso, un deber-ser jurídico, es decir, una estremecedora necesidad. De ahí que para los profesionales del Derecho la cuestión no haya dejado nunca de ser apasionante, especialmente si se trata de profesionales con mayor proximidad a la problemática del Derecho Penal. Podemos tener el propósito firmísimo de darle a la norma la interpretación menos dura que sea posible, pero, allá en el fondo de nuestra conciencia, sabemos que la benevolencia ni es una solución jurídicamente satisfactoria ni puede permitirnos desvirtuar los términos claros y rotundos de la Ley. No debe deducirse, sin embargo,

de lo anterior, que considero actual y vigente el tema sólo a nivel de especialistas. No, en absoluto. Creo que su vigencia es un hecho social. La feliz circunstancia de que la pena capital sea, entre nosotros, un acontecimiento insólito, no significa, ni mucho menos, que exista un consensus casi unánime favorable a su desaparición. Aunque no tenemos datos sobre la distribución de la opinión pública sobre el particular, la mera observación del entorno social induce a pensar que el número de los antiabolicionistas no es mucho menor —o quizá es mayor— que el de los abolicionistas. Lo que significa que la pena de muerte no es solamente un tema dramático de la conciencia jurídica, sino, más sociológicamente, un problema susceptible de crear en la opinión lo que suele llamarse una curva de conflicto y, llegado el caso, de conflicto apasionado.

Comienzo, pues, con la afirmación de un convencimiento personal: la pena de muerte es un tema actual, un tema que sigue siendo de nuestro tiempo.

De entrada, la constatación de este hecho nos permite ahorrarnos en este artículo la que podíamos llamar "fase de preparación emocional", para entrar en situación. No necesitamos entrar en situación, porque ya estamos en ella. No nos hace falta comenzar haciendo un inventario de cuántos procedimientos descubrieron los hombres, a lo largo de la historia, para eliminar a los malhechores. Esa morbosa enumeración de horrores podría, con toda seguridad, provocar la náusea y suscitar la compasión, pero no aumentaría el intrínseco interés de nuestro tema. Además, no me convence personalmente esa forma de enfocar la cuestión. No creo que conduzca a ninguna conclusión aceptable un discurso sentimentalmente estimulado. No es infrecuente oír que los argumentos contra la pena de muerte son, en su mayoría, no razones, sino alegaciones sentimentales. Ello puede ser cierto en muchas actitudes noblemente apresuradas. De forma análoga, podría detectarse también una fuerte dosis de irracionalismo en los planteamientos favorables a dicha pena. Pero, sea como sea, estimo un presupuesto metódico imprescindible proponerse, desde el principio, que ninguna de las "razones del corazón" se deslice en la reflexión sobre un tema tan polémico. En última instancia, si la pena de muerte es injusta, no es sólo porque sea cruel. Y, en todo caso, será cruel si es injusta.

\* \* \*

Dos coordenadas han de servirnos para situar el tema: el Derecho y el poder coercitivo del Estado. Las dos son, por lo pronto, datos históricamente ineludibles, y sin referencia a ellas, no tendría sentido nada de lo que en estas líneas se va a decir.

La sociedad de los hombres se nos presenta siempre jurídicamente organizada a través de una estructura de poder que denominamos Estado. Los hombres necesitan convivir, y ello sólo es posible ordenando sus recíprocas relaciones, ajustándolas a normas que conviertan la inseguridad en seguridad, la desconfianza en confianza, la imprevisibilidad en expectativa. La creación de tales normas y la garantía de su cumplimiento suponen una institución encargada de satisfacer esa necesidad. Y tal institución —que en su forma moderna denominamos Estado— surge desde el principio investida de poder, demandando obediencia. Nacen así, al mismo tiempo que relaciones igualitarias entre los miembros de la sociedad, relaciones no igualitarias —de supraordinación y subordinación— entre la estructura de Poder, es decir, el todo, y los particulares, es decir, los súbditos o ciudadanos.

Un episodio característico de estas últimas relaciones es la pena. La pena es una manifestación del poder coercitivo del Estado, que se pone en movimiento, en actitud defensiva, tan pronto como el orden jurídico-social, creado y garantizado por él, resulta transgredido. Ahora bien, esta reacción de defensa en que la pena consiste —según una primera aproximación—, no queda abandonada, por rudimentaria que sea la organización social, al arbitrio instintivo ni a la improvisación del momento. Por el contrario, la pena —instrumento de defensa del Derecho— es, a su vez, una figura jurídica, está, en su morfología y en su génesis, sometida al Derecho. De ahí que —como antes se dijo— el poder coactivo y el Derecho nos hayan de marcar, inevitablemente, el cauce por donde discurran nuestras reflexiones.

Acaso se me reproche que, con este inicial planteamiento, abstraigo, tanto al Derecho y al Estado como a la pena, de sus históricas concreciones. Es cierto que lo hago. Pero es que pienso que la abstracción está justificada precisamente por la

permanencia con que se manifiestan aquellas realidades en la historia de los hombres. No sé —lo digo con toda sinceridad— si en un primer momento de su devenir la sociedad careció de Derecho y de poder político. Tampoco sé —porque me ha sido negado el don de profecía— si en el futuro desaparecerán poder y Derecho. Lo único que me es posible verificar es la existencia de ambas cosas en toda sociedad histórica o actualmente conocida, ya se trate de sociedades más o menos estáticas, ya se trate de sociedades cambiantes, en pleno dinamismo. La universalidad del fenómeno creo que autoriza, si no a elevarlo al plano metafísico de lo necesario, sí, por lo menos, a analizarlo desde un razonable nivel de abstracción. En otras palabras y más particularmente, si la pena de muerte ha sido utilizada en defensa de la sociedad patriarcal, de la “polis” y de la “civitas”, de la sociedad agrícola y de la industrial, del orden estamental y del igualitario, de la sociedad burguesa y de la socialista, pienso que es lícito preguntarse, en abstracto, pero a la altura de nuestro tiempo, sobre la oportunidad y la justicia de esta institución.

\* \* \*

El Derecho —esa suerte de necesidad establecida sobre la vida social— se fundamenta sobre dos principios que, como ha puesto de manifiesto recientemente Guasp<sup>1</sup>, orientan de hecho cualquier figura jurídica: el principio de la paz y el principio de la justicia. Detrás de ellos se adivinan dos necesidades fundamentales de la sociedad a cuya satisfacción está llamado precisamente el Derecho: la necesidad de sobrevivir, de conservarse y la necesidad de mejorar.

Toda figura jurídica responde, en distinta proporción, a una y otra exigencia, si bien es normal que en unas tenga prevalencia la preocupación por el mantenimiento del equilibrio social y en otras prive el afán de sustituir el orden social existente por otro mejor. En definitiva, esta es la antinomia —al menos aparente— que, como tantas veces se ha señalado, cruza el Derecho: la de ser simultáneamente factor de conservación y de cambio social o —dicho más clásica y esquemáti-

---

1) JAIME GUASP: *Derecho*. Madrid, 1971, págs. 291 y ss.

camente— la antinomia entre seguridad y justicia. En este marco de referencia hemos de examinar el tema de la pena y, más en concreto, el de la pena de muerte.

Como ya he adelantado, la pena es, sin duda, una figura jurídica primariamente inspirada por la necesidad de defender el orden jurídico-social; lo que quiere decir que en ella prevalece el principio de la paz, de la seguridad. Incluso podría decirse que, en la confusa lejanía histórica de la primera articulación social, la pena aparece sólo para defender un precario equilibrio inicial. Justamente el progreso de esta institución puede medirse —como luego se pretenderá demostrar— por las huellas que va dejando en ella el afán de mejora, de cambio, de justicia, en definitiva.

Por ello, porque —incluso cronológicamente— la pena ha sido antes un mecanismo de defensa que un instrumento de justicia, me propongo analizar, por ese orden y con la debida separación, ambas finalidades, refiriéndolas, claro está, a esa forma peculiar de pena que es la pena de muerte.

Primer punto, pues, de este análisis: la pena, institución jurídica necesaria para la defensa del orden social. Ello supone, de entrada, una exigencia de racionalización que podríamos adjetivar como funcional: no es admisible cualquier pena, sino sólo aquella que es necesaria y en la medida en que lo es. La pena es forzosamente una restricción de los derechos del hombre —tiene que serlo para frenar los impulsos delictivos de muchos—, y si fuese superflua, si no fuese imprescindible para satisfacer la necesidad social que la fundamenta, dicha restricción sería odiosa, inadmisibile. (Se da aquí, por supuesto, un humanismo básico según el cual la organización social existe en función de la persona y no al contrario.)

Pues bien, esta consideración funcional de la pena ha servido históricamente, durante mucho tiempo, para justificar la pena de muerte, y ha de servir hoy, en mi opinión, para todo lo contrario.

Lo primero es evidente, si pensamos, por ejemplo, en la estructura jurídica de los pueblos primitivos, de la que quedan más huellas de lo que suele pensarse en el subconsciente de los pueblos de nuestro tiempo. Efectivamente, cuando la religión era todavía —sociológicamente hablando— un fenómeno de grupo, no universal, y cuando aún tenían vigencia las con-



cepciones mitológicas y antropomórficas de la divinidad, las sociedades, de un lado, estaban sacralizadas, y las autoridades, de otro, tenían la misión de mantener al grupo en relaciones de amistad con Dios. Si algún miembro del grupo cometía un crimen y ofendía a la divinidad, la comunidad, por medio de sus jefes, se esforzaría en aplacarla, limpiando mágicamente la huella del delito. Nada tiene de particular que la forma más segura de borrar el crimen y aplacar la ira divina pareciese el sacrificio del criminal. Se diría que, en este contexto mágico-jurídico, la necesidad de la defensa social desemboca y se concreta, de forma casi automática, en el sacrificio expiatorio. Von Hentig<sup>2</sup> se ha esforzado en demostrar que, en el origen de la pena de muerte, encontramos invariablemente un acto ritual consistente en la ofrenda de un hombre —el delincuente casi siempre, pero también, a veces, otra persona o un animal, o incluso un objeto inanimado— para aplacar con el sufrimiento y la muerte de la víctima la ira del Dios ofendido. E, incluso, este mismo autor ha rastreado, en las formas actuales de ejecución de la pena de muerte, residuos de arcaicos ritos sacrificiales.

Resultaría, sin embargo, demasiado fácil identificar la pena de muerte sólo con la superstición, la magia y la barbarie de la sociedad primitiva. En épocas más evolucionadas, aparecidas ya las religiones universales —fundamentalmente el cristianismo—, despojada o casi despojada la idea de Dios de adherencias mitológicas e incluso secularizada enteramente la sociedad política, la pena de muerte sigue existiendo, e inteligencias muy lúcidas la siguen defendiendo. No porque piensen todavía que, como se dice en el libro de los Números, “la sangre derramada contamina la tierra y debe ésta purificarse con la sangre de quien la derramó”, sino, mucho más sencillamente, porque consideran que no hay otro procedimiento mejor para defender a la sociedad. En este tipo de razonamiento, menos trascendente, más modesto e instrumental, creo que debe situarse el famoso argumento del “miembro podrido” de Santo Tomás<sup>3</sup>. Cuando el teólogo de Aquinas —empleando,

---

2) HANS VON HENTIG: *La Pena*. Espasa Calpe, Madrid, 1968. Tomo II, págs. 91 y ss.

3) SANTO TOMÁS: *Suma Teológica*, II, 2.

por otra parte, una metáfora muy discutible— afirma que el derecho de la Autoridad a eliminar a un delincuente es análogo al que tiene cualquier persona a cortar un miembro de su cuerpo que, por estar podrido, amenace la vida del organismo entero, no hace, en realidad, otra cosa que situar, en términos adecuados, y resolver, a la altura de su tiempo, el problema de la defensa social. Sea cual sea nuestra opinión y nuestros sentimientos de hombres del siglo xx, en el siglo xiii no hay, seguramente, otra opción.

Precisamente el debate sobre la abolición de la pena de muerte se plantea, en la Europa occidental, cuando se adivina o sospecha que sí hay otra opción, cuando algunos pensadores comienzan a preguntarse si el Estado no se defendería con más eficacia— o al menos con la misma eficacia—, haciendo trabajar a los delincuentes en lugar de ahorcarlos. Las primeras voces abolicionistas aluden con más claridad a lo que la pena de muerte tiene de inútil para su función defensiva que a lo que tiene de injusta. El P. Sarmiento, en España, afirmaba, a mediados del siglo xviii: “por malvado que sea un hombre, será más útil para la sociedad vivo que muerto, si se le separa de ella en donde se le haga trabajar”. Y pocos años más tarde, Beccaria <sup>4</sup>, en Italia, y Voltaire <sup>5</sup>, en Francia, insistirían en el mismo razonamiento (“un muerto —es la frase de Voltaire— no vale para nada”).

Es explicable que sean los europeos del xviii los que empiezan a denunciar la inutilidad de la pena de muerte y a propugnar, en consecuencia, su desaparición. Sinceramente, no creo que esta actitud pueda explicarse simplemente por su credo utilitarista y por su sensibilidad para los derechos humanos, aunque, ciertamente, la tenían. Tanto como este factor ideológico hubo de pesar una doble circunstancia objetivo-real: de un lado, el Estado de la época ya era, hasta cierto punto, capaz de crear un sistema penitenciario que recibiese y organizase el trabajo de la masa de población considerada, hasta ese momento, “carne de horca”; de otro lado, la incipiente Re-

---

4) CESARE BECCARIA: *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial. Madrid, 1968. Cap. XXVIII.

5) VOLTAIRE: *Comentario sobre el libro de los delitos y de las penas por un Abogado de provincias*. Incluido en la edición ya citada del libro de Beccaria.

volución Industrial y la racionalizada colonización de los Nuevos Mundos estaba demandando con urgencia una mano de obra disciplinada y barata que podría ser incrementada con los condenados. No se pretende con la anterior observación poner de manifiesto la índole especialmente "interesada" del humanitarismo ilustrado, sino simplemente señalar la correlación existente entre la primera ideología abolicionista y determinados hechos que, en esa misma época, están transformando la realidad social en muy diversos niveles. Correlación que, por supuesto, sólo resulta plenamente significativa desde una óptica historicista para la que la conciencia ética del hombre no es una facultad que crezca y progrese en el vacío, sino estrechamente condicionada por su circunstancia con la que mantiene una constante y enriquecedora relación dialéctica. Despojándola de su pesada carga materialista, es inevitable recordar en este punto la fecunda idea marxiana de que los valores en cuyo nombre se emprende la verdadera liberación del hombre no son nunca exteriores a la experiencia humana, sino inmanentes a la historia.

Ha pasado mucho tiempo desde que el movimiento abolicionista inició su campaña contra la pena de muerte con el argumento de su inutilidad. Naturalmente, nadie piensa ya en pedir su desaparición en nombre de las necesidades de la industrialización y de la colonización. El nivel alcanzado por la conciencia moral del hombre y la misma realidad socio-económica no lo permitirían. Pero la alegación de la inutilidad es más fundada que en tiempos de Voltaire y Beccaria. El crecimiento experimentado por el Estado moderno, en los órdenes burocrático, técnico y financiero, junto con el desarrollo espectacular de las ciencias del hombre, permiten afirmar con más razón que nunca que la autoridad social está en condiciones de aislar, tratar y recuperar a toda clase de delincuentes, convirtiéndoles en personas socialmente útiles o, por lo menos, no peligrosas. Bastaría poner en la tarea el mismo empeño, la misma imaginación y la mitad del presupuesto que se aplican a otras actividades públicas.

Mi primera conclusión, en consecuencia, es ésta: si una sociedad moderna y civilizada recurre todavía, en su defensa, a la ejecución de sus más peligrosos delincuentes, no es, en manera alguna, porque no pueda hacer otra cosa, sino, pura y



simplemente, porque no sabe hacer otra cosa. Y si se puede hacer otra cosa, si hay ya otra opción menos irreparable, menos destructora, la pena de muerte, privada de apoyo en la necesidad, queda reducida a la condición de residuo histórico mantenido por la inercia, el miedo irracional o la ignorancia culpable.

\* \* \*

Es en este marco de la discusión sobre la utilidad o inutilidad de la pena de muerte en donde se inscribe el clásico problema de su fuerza intimidativa. Aunque no es mi intención hacer la crítica de ninguno de los argumentos que se han esgrimido en favor y en contra de la pena capital, me parece no del todo inoportuno intercalar en este momento un paréntesis para examinar serenamente esta zona del debate, en la que, con demasiada frecuencia hay más prejuicios —en el sentido de juicios previos— que examen objetivo de los hechos.

La pena es, entre otras cosas, una amenaza, explícita en la Ley, con la que se aspira a disuadir del delito a las personas de alguna forma inclinadas a cometerlo. La advertencia legal de que al delito seguirá la sanción y el mismo espectáculo de su ejecución, se piensa que serán eficaces para alejar a muchos delincuentes potenciales de la tentación de convertirse en delincuentes actuales. A esta virtualidad intimidativa, a esta función inhibitoria, se la ha considerado siempre —y con razón— una de las más importantes finalidades de la pena. Esto es así porque, lógicamente, desde el punto de vista del mantenimiento de la paz social, interesa más que reprimir comportamientos desviados, prevenirlos, evitarlos. De ahí que a esta finalidad de la pena se la haya identificado en la teoría jurídico-penal como de “prevención general”.

Los partidarios de la pena de muerte han sostenido siempre, y aún sostienen hoy, que, para determinados individuos particularmente endurecidos, sólo dicha pena es intimidante, de lo que deducen la necesidad de su mantenimiento. Los abolicionistas, por su parte, dudan de la famosa virtud intimidativa de la pena capital, y aducen como prueba que, en aquellos países en que se la ha suprimido, no han aumentado los delitos graves. Hay que decir, sin embargo, que también los primeros,

los antiabolicionistas, esgrimen estadísticas en apoyo de su tesis. Pero es posible que, en esta cuestión, las estadísticas no nos digan todavía mucho ni en un sentido ni en otro. En primer lugar, porque si se comparan países donde está vigente la pena de muerte con países donde no lo está, se manejan términos comparativos de significación muy distinta; se enfrentan, para comparar el efecto que en ellos tiene una misma sanción penal, grupos humanos de diversa estructura demográfica, socioeconómica, axiológica, etc. En segundo término, porque, aun contrayendo la observación a un solo país para comparar, por ejemplo, el índice de asesinatos antes y después de la abolición de la pena de muerte, habrá que ampliar el análisis a plazos relativamente largos para que las conclusiones sean —también relativamente— válidas; y entonces lo que ocurrirá es que estaremos posiblemente comparando épocas distintas de la historia de un mismo país, tan distintas, quizá, que la existencia o inexistencia en ellas de la pena de muerte será apenas un factor secundario que incidirá, con otros muchos y con variable importancia comparativa, en la aparición y gravedad de determinadas formas de delincuencia.

Creo, en consecuencia, que las afirmaciones genéricas sobre la mayor o menor eficacia intimidante de la pena de muerte se han de hacer, de momento, con estricta conciencia de su provisionalidad, en tanto no tengamos pruebas suficientes para verificar una u otra hipótesis. No estaría de más, sin embargo, sugerir de pasada una consulta a los descubrimientos criminológicos de la psicología profunda. Como dice Von Hentig<sup>6</sup>, entre lo que el legislador, el profesor y el filósofo creen que intimida y retiene al delincuente y lo que “realmente” le intimida y retiene, media un abismo. Pensemos, por ejemplo, en la hipótesis, hoy muy generalizada, de que el homicida revela en su acción un soterrado deseo de suicidio. Y preguntemonos qué fuerza inhibitoria puede tener la conminación de la muerte sobre un psiquismo desviado hacia la autodestrucción.

\* \* \*

Hora es ya de tomar de nuevo el hilo de estas consideraciones. Comenzaron las mismas con la afirmación de que la

---

6) Obra citada. Tomo II, pág. 129.

pena, como toda figura jurídica, responde simultáneamente a una exigencia de seguridad y a una exigencia de justicia. Me he detenido, primero, en su dimensión defensiva y conservadora, porque parece que es ella la que históricamente ha prevalecido. Y he pretendido explicitar las razones por las que pienso que, fundamentándose la pena, ante todo, en la necesidad de proporcionar paz y seguridad a la sociedad, pierde la pena de muerte sentido y consistencia a medida que aquella función puede satisfacerse de otra manera, menos irreparablemente destructiva.

Pero esto no es todo. La pena constituye también, insisto, una respuesta a la necesidad social de justicia. Si no fuera así, carecería de dignidad jurídica; sería un mero acto de fuerza, un puro gesto de poder nacido "extra muros" del Derecho, hipótesis que, desde un principio, he creído necesario descartar.

Pues bien, admitido que la pena responde a la exigencia de realizar entre los hombres el valor justicia, topamos con la segunda y más importante pregunta que problematiza nuestro tema: ¿qué significado tiene la justicia frente a la pena, o mejor, dentro de la pena? Y más especialmente, planteando el interrogante con plena radicalidad, ¿es compatible la justicia —tal y como el hombre de nuestro tiempo la siente y entiende— con esa forma absoluta y total de pena que es la pena de muerte? ¿Es ésta, en definitiva, justa o injusta?

La respuesta depende del modo como se defina la justicia. Y no siendo posible abordar en este momento el estudio de la misma con toda la extensión y profundidad que su importancia demanda, será preciso acortar camino y elegir un concepto, no a título de hipótesis provisional, pero sí con el compromiso de justificar la elección en ocasión más propicia. Sin embargo —y antes de centrarme en la idea de la justicia de la que propongo partir—, creo de gran interés aludir a una concepción nacida en el ámbito de la Filosofía del Derecho de origen liberal, emparentada, a su vez, con la Teología del Derecho protestante.

Helmut Coing<sup>7</sup>, uno de sus actuales representantes, con-

---

7) HELMUT COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Ariel. Barcelona, 1961, pág. 124.

cibe la justicia como valor que nos orienta en nuestra relación con el prójimo, según una regla general de igualdad. La justicia —se dice— nos exige, ante todo, ver en el otro a un igual. De ello se deduce que toda relación de poder y —consecuentemente— de subordinación, sólo se justifica en la medida en que se limita, es decir, en la medida en que se asemeja a una relación de igualdad. De ahí que la presión de la justicia sobre la pena —evidente manifestación de una relación de poder— tenga el único sentido de limitarla, de humanizarla. La justicia —dice Coing— no es el fundamento de la pena; el fundamento de la pena es la necesidad y la justicia es sólo su límite <sup>8</sup>.

La tesis es sugestiva y no carece de interés. Puede, además, presentarse ilustrada con un excepcional ejemplo histórico, puesto que, en una primera aproximación, la evolución de la pena en los dos últimos siglos es la historia de sus limitaciones. Desde los últimos decenios del siglo XVIII a nuestros días, hay una ruta esperanzadora, en la que se ha avanzado desde el patíbulo rodeado de las torturas más atroces al que sólo sirve para matar (aunque también torture, por supuesto), desde la ejecución pública a la practicada en secreto, de esa forma vergonzante puesta agudamente de manifiesto por Albert Camus <sup>9</sup>, desde la pena de muerte conminada para una muchedumbre de delitos a la reducción de la misma para los crímenes más graves, desde su vigencia, en fin, hasta su derogación en no pocos países. Estas limitaciones de la pena —que no afectan solamente a la pena de muerte, sino a todas las manifestaciones de esta función estatal—, se han ido estableciendo a un ritmo en cierta medida paralelo al que seguían las limitaciones que iban sometiendo el poder a normas de Derecho. El paralelismo, desde luego, no es muy riguroso, pero, hasta cierto punto, creo que puede decirse que la humanización del Derecho Penal ha podido ser medida con los progresos que ha ido alcanzando la democracia liberal. No se trata de establecer entre uno y otro fenómeno una relación de causalidad —las relaciones de causalidad entre fenómenos humanos son, como

---

8) Obra citada, págs. 220 y ss.

9) KOESTLER-CAMUS: *La pena de muerte*. Emecé Editores. Buenos Aires, 1960, pág. 119.

se sabe, demasiado aventuradas y poco científicas—, sino simplemente de señalar una correlación que puede ser orientadora: la pena se humaniza, se suaviza, se limita, en definitiva, cuando se le da a la justicia la función predominante de garantizar, frente al poder, el mayor ámbito posible de autonomía personal.

Como puede fácilmente deducirse, el interés, doctrinal e histórico, de este punto de vista sobre la justicia es muy grande. Ni que decir tiene que en el marco de la discusión sobre la pena de muerte, esta concepción de la justicia como límite del derecho de penar lleva, por lo pronto, a postular, como primera y más elemental limitación, la desaparición de dicha pena. No obstante, creo que la tesis no es del todo convincente. En primer lugar, porque, tras ella, hay toda una concepción del mundo político para la que el poder sería una realidad extraña al Derecho, una relación social cuya juridización sólo podría operarse desde fuera, algo sustancialmente injusto, que sólo se justificaría en la medida en que se negase; concepción que no me parece aceptable, pues el hecho social, el hecho de la convivencia, es algo positivamente valioso para el hombre, y no resulta lógico, por ello, valorar negativamente—decir que es injusto— lo que, como el poder, es inevitable para que la convivencia subsista y progrese. Y en segundo lugar, porque dicha tesis, planteando el tema de la justicia en términos demasiado abstractos, no resulta, a la larga, muy operativa. Efectivamente, afirmar que la influencia de la justicia sobre la pena se traduce meramente en la limitación de ésta, no puede llevar sino a proponer, lisa y llanamente, la desaparición de la pena—lo que, de momento, parece utópico, aun admitiendo la hipótesis de una sociedad futura no escindida— o a la vía muerta de unos vagos y estériles buenos deseos.

Es por ello por lo que pienso que la indagación en torno al sentido último de la justicia debe orientarse por un camino menos formalista y más fecundo. Y debo confesar que, después de dudarle mucho, he elegido un camino clásico, un camino viejo y familiar; el que nos traza la definición romana y escolástica: la justicia, como hábito constante de dar a cada uno lo suyo. O vista desde otro ángulo, la justicia como valor que, realizado u objetivado en una comunidad, exige atribuir a

cada uno de los miembros de la misma, las cargas y beneficios derivados de la vida colectiva que le pertenecen.

El problema, naturalmente, está en determinar qué sea "lo suyo", el "suum" de cada uno, en qué consista ese derecho que a cada cual se deba reconocer y atribuir. Pues, como dice Kelsen<sup>10</sup>, con sobrada razón, aceptada la definición clásica sin ulterior determinación, se nos queda en las manos una fórmula vacía de contenido. Ahora bien, la solución del problema no está, como piensa el positivismo jurídico más estricto, en llenar ese vacío con materiales tomados del Derecho positivo; la solución no está en responder que el "suum" de cada uno viene dado, sencillamente, por lo que, en cada momento y lugar, disponen las normas vigentes. Si ésa fuese la solución, la justicia no sería sino una forma retórica de designar la seguridad; el Derecho no estaría orientado sino por el principio de la conservación y no serviría, en definitiva, sino para mantener, intacto e invariable, el orden social existente. Lo que significaría amputarle su dimensión más alta y trascendente: la de funcionar como factor de cambio y renovación.

Jaime Guasp<sup>11</sup>, en el reciente trabajo a que antes me he referido, intentando liberarse del caparazón formalista (aunque sin conseguirlo del todo), propone darle dinamicidad a la fórmula clásica de la justicia, colocando un permanente signo de interrogación, junto al derecho que a cada cual se debe atribuir. Es decir, que para el profesor de Madrid, a fin de cuentas, la justicia viene a ser un eterno cuestionarse sobre lo justo, una continua búsqueda, un inacabable perfeccionamiento. De forma análoga, no en el plano del Derecho sino de la Etica, se pronunciaba Aranguren<sup>12</sup>, cuando decía que la justicia es... la lucha por la justicia.

El planteamiento es agudo, y la idea va derecho al centro del blanco. La única objeción que cabe hacerle es que no recorre íntegramente el trayecto. ¿Por qué? Porque para llegar hasta el final, para hacer diana, es necesario dar el salto que

---

10) KELSEN: *Justicia y Derecho Natural* (dentro de la obra aparecida con el título *Crítica del Derecho Natural*; selección de Elías Díaz). Taurus. Madrid, 1966, págs. 43 y ss.

11) Obra citada, págs. 325 y ss.

12) JOSÉ L. ARANGUREN: *Etica*. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1959, pág. 342.

el formalismo jurídico prohíbe dar. Es preciso salir de la esfera "incontaminada" del Derecho positivo y tomar contacto con el mundo de lo que Kelsen considera metajurídico. Dicho con otras palabras: cierto que la justicia es búsqueda y lucha inacabable y no aceptación pasiva de lo vigente; pero no menos cierto que para que esa búsqueda tenga un sentido y esa lucha no se entable a ciegas, la justicia necesita nutrirse de una cierta concepción del mundo y del hombre, de una cierta filosofía. Solamente una filosofía nos proporciona una escala de valores, solamente una filosofía sostiene o modifica una pauta de distribución de bienes, solamente una filosofía puede, en consecuencia, darnos una respuesta a la pregunta acuciante sobre el derecho de cada cual y orientarnos en la tarea, quizá interminable, de dar a cada uno, efectivamente, lo suyo. Esto es, en definitiva, lo que quiere decirse cuando se habla de la función crítica de la Filosofía del Derecho: quiere decirse que la Filosofía del Derecho tiene, entre otras, la misión de indagar incansablemente una referencia objetiva para el valor-justicia y empujar —con idéntico tesón— la legalidad hacia la justicia<sup>13</sup>.

Pues bien, admitida esa definición de la justicia y supuesto que el contenido material de la misma nos lo ha de proporcionar el concepto último que tengamos del hombre —que, en el marco de este trabajo, es el proporcionado por la filosofía cristiana tal y como históricamente se ha ido configurando y enriqueciendo hasta nuestros días— ha llegado el momento de plantear la pregunta nuclear de nuestro tema: ¿cuál es el derecho, el "suum" de la sociedad frente al delincuente?, y a la inversa, ¿qué es lo que le corresponde al delincuente, precisamente en su condición de tal, como sujeto responsable de este o aquel delito? Y, concretando más la pregunta, situándola al nivel que interesa en este momento, ¿puede la sociedad —y la autoridad en su nombre— decidir justamente que una persona no merece como suyo sino la muerte?, o, vista desde el otro término de la relación, ¿puede ser la muerte, la desaparición física, lo único que corresponda a una persona, puede ser que

---

13) JOAQUÍN RUÍZ JIMÉNEZ: *Protección de derechos humanos y reforma de estructuras. Cuadernos para el diálogo*, número XII, extraordinario sobre *Democracia y derechos humanos*. Madrid, diciembre 1968.

alguien no merezca, delante de los demás miembros de su grupo, sino, escuetamente, desaparecer?

Veamos, primeramente, el problema desde la perspectiva de los derechos de la sociedad, de lo que cabe atribuir a la misma como "suyo" según el concepto aquí admitido de justicia.

Los derechos de la sociedad frente al delincuente, superada la pretensión retribucionista que atribuía al Estado el poder abstracto y casi mítico de compensar el delito con la pena y restaurar así la armonía del orden jurídico perturbado, se pueden sintetizar en la articulación de un mecanismo de defensa capaz de protegerla frente a la hostilidad y peligrosidad manifestada por aquél. La forma y la intensidad de la defensa no pueden ser cualesquiera ni tampoco ilimitadas, ya que, mediante ella no se actúa sobre un objeto, sobre una cosa, sino sobre un sujeto de derechos. Los límites de la defensa vendrán impuestos, de una parte, por la propia racionalidad de la defensa. El Derecho —y dentro de él, la pena— es ordenación racional, no volición arbitraria ni reacción instintiva. Como ya se dijo en la primera parte de la exposición, las medidas penales que la autoridad ha de adoptar en defensa del cuerpo social sólo se justifican en tanto en cuanto son racionalmente necesarias. De otra parte —y ello es ahora lo más importante, puesto que aquel otro tipo de limitaciones quedó ya señalado—, la pena impuesta a un ser consciente y libre, como es el hombre, en consideración a un acto específicamente humano, cual es el delito, que se le reprocha socialmente como producto, más o menos inmediato, de su inteligencia y de su libertad (porque, en caso contrario, no se le reprocharía como acto humano), ha de tener muy en cuenta hasta qué punto tal acto es efectivamente fruto de una voluntad consciente. Porque sólo en el supuesto límite, fácticamente descartable, de una inteligencia y una voluntad desprovistas de condicionamientos extraños, el juicio de culpabilidad, de reproche social, podría ser absolutamente condenatorio y la pena consiguiente, absolutamente grave. No obstante, lo que la realidad diaria nos pone delante de los ojos —lo único que, rigurosamente hablando, nos puede poner— son seres profundamente condicionados. Prescindamos por un momento, si es posible, de los delincuentes biológica y psicológicamente anormales (quizá sería



más correcto decir excesivamente anormales). Detengámonos sólo —con los ojos bien abiertos y tan limpios de prejuicios como podamos— en los que llamamos normales. No encontraremos uno siquiera que no haya sido socialmente condicionado y encontraremos muchos que han sido literalmente empujados por su contorno social. No quiero decir, de ninguna manera, que todos los delincuentes sean irresponsables o víctimas pasivas de las circunstancias. Lo único que sostengo es que tanto nosotros en nuestro comportamiento pautado —si es pautado—, como ellos en su comportamiento desviado —sin duda, ellos especialmente—, tenemos muy limitada nuestra conciencia y nuestra libertad, de suerte que, aun siendo básicamente conscientes y libres y, por ello, socialmente responsables en mayor o menor medida, nuestros actos no son nunca solamente nuestros, nuestro yo no es su única fuente, por lo que ni el juicio de estima —al que nos creemos, a veces, acreedores—, ni el juicio de reproche que formulamos contra los delincuentes nos pueden ser referidos con excesivo rigor. He aquí una segunda y poderosa razón por la que la intensidad de la pena no puede ser ilimitada. Sólo un reproche máxima y objetivamente riguroso podría justificar la imposición de la máxima pena, de la máxima restricción que, para el hombre, es la muerte. Si ese reproche riguroso hasta el límite resulta empíricamente inaceptable, su consecuencia jurídica —la pena de muerte— ha de ser igualmente inaceptable.

Examinemos ahora la cuestión desde el ángulo de los derechos del delincuente frente a la sociedad y al poder. No parece necesario recordar un hecho obvio: el delincuente es un sujeto de derechos. Es más, si la pena es una institución jurídica, ha de responder no sólo a las necesidades de la defensa social, sino a las exigencias de la justicia; y si la justicia se resume en dar a cada uno lo suyo, imponiendo la pena al delincuente, se le da —se le debe dar— lo que es suyo, esto es, su derecho. Precisamente el contrasentido —o mejor, uno de los contrasentidos— de la pena de muerte es que, en último análisis, significa la admisión pública y solemne de que, en determinados supuestos, el único “derecho” de una persona —que todavía lo es— sea meramente no existir, es decir, carecer en absoluto de derechos. Esta conclusión de suponer la pena de muerte una radical negación de la persona como suje-

to de derechos, nos obliga, en buena dialéctica, a preguntarnos, antes que por los derechos del delincuente, por los derechos del hombre, sea delincuente o no; más aún, por el derecho más primario y radical del hombre.

¿Cuál es el derecho que cualquier hombre tiene como más radicalmente suyo? Sin duda de ninguna clase, el derecho de ser, más exactamente, puesto que es un ser que se hace, el derecho de llegar a ser en toda su plenitud. Dicho de otra manera, el derecho de realizar existencialmente su ser. A esa plenitud de ser le empuja y encauza su naturaleza. Y, justamente por ello, aquellas normas jurídicas que son imprescindibles para que el hombre pueda, en solidaridad con otros hombres, realizar su ser, se llaman de derecho natural o, lo que es igual, de estricta justicia. Un ordenamiento jurídico sólo se aproxima a la justicia en tanto en cuanto le proporciona a cada miembro del grupo un conjunto de presupuestos institucionales que le permitan emprender, responsablemente, la tarea de ser, acabadamente, hombre. La pena de muerte —desde este punto de vista— consiste en cortar desde fuera, irremediablemente, esa posibilidad de plenitud ontológica que es todo hombre. No creo, en consecuencia, exagerar lo más mínimo diciendo que esa pena aleja de la justicia al ordenamiento punitivo que le hace sitio, en la misma medida en que envuelve un olvido del más elemental deber de la sociedad con respecto a cualquiera de sus miembros: el sencillo deber de dejarle llegar a ser.

Claro que esto no es todo. Porque ese deber primario de la sociedad —contrapartida de aquel derecho primario de la persona— no es más que el eslabón inicial de la íntima y complicada relación que se traba entre individuo y grupo. El grupo no solamente tiene la aséptica y pasiva función de permitir la autorrealización de sus miembros, sino, más decisivamente, el deber de prestarles ayuda solidaria, el deber de remediar el escaso bagaje con que aquéllos cuentan, de entrada, para su aventura existencial. O, lo que es igual, los hombres tienen frente a la sociedad, no únicamente el derecho de continuar siendo, sino el de ser equipados, de hecho, para la tarea de ser en toda su plenitud. Lo que significa que la justicia no sólo ha de marcar límites al poder, sino que ha de funcionalizarlo, poniéndolo al servicio del desarrollo integral del hombre.

¿Qué incidencia ha de tener esto —que, al fin y al cabo, es por casi todos aceptado— en la sanción penal? Creo que la incidencia ha de producirse a través de la inevitable consideración del delincuente como un personaje infradotado para llevar a buen término la empresa de su realización. Las taras biológicas, las desviaciones psicológicas, las determinaciones sociológicas, cuando son aprehendidas y comprendidas en toda su profundidad, obligan a aceptar esa definición del delincuente. Partiendo de la misma, el deber de ayuda solidaria que la sociedad tiene con respecto a cualquiera de nosotros, adquiere mayor importancia, mayor urgencia. ¿Desembocaremos, con esto, en el famoso “Derecho protector” que, como sustitutivo del viejo Denecho Penal, previó, hace ya muchos años, aquel gran visionario que fue don Pedro Dorado Montero?<sup>14</sup> No lo sé. Personalmente, y de momento, no me atrevo a llegar tan lejos. Además, mi propósito no es plantear ahora, en toda su extensión, el tema de la reforma del Derecho Penal, sino el de la permanencia o desaparición de una pena concreta y determinada. Lo que sí pienso es que, partiendo de los que he llamado derechos del delincuente, que no son, en realidad, sino derechos de todos los hombres, las penas han de ser —¡qué duda cabe!— intimidantes, han de suponer, naturalmente, la restricción de importantes derechos, pero han de servir, al mismo tiempo —y aquí habría que recordar de nuevo las enormes posibilidades de tratamiento que un Estado moderno, ética y científicamente orientado, tiene a su alcance— para equipar adecuadamente a los sometidos a ellas, para una vida noble y fecunda. Se dirá, acaso, que algunos de los que cometen los más graves delitos, ya lo habían recibido todo antes de su crimen. No sé hasta qué punto esta afirmación podría mantenerse sobre datos empírica e imparcialmente observados. Pero si, en algún supuesto, nos pareciese responder a la verdad, el deber de ayuda subsistiría. Habría que esforzarse, entonces, en poner las bases de una nueva personalidad. Y es claro que esto no se consigue eliminando el presupuesto irremplazable de la personalidad que es la vida. Mantener esta última solución —la de la eliminación— implicaría que, o se

---

14) PEDRO DORADO MONTERO: *El Derecho protector de los criminales*. Madrid, 1916.

tiene por imposible la renovación del delincuente —al que se reputaría un ser absolutamente perdido y sin futuro—, o se piensa ha alcanzado ya su plena realización o, lo que es igual, que ya está salvado, definitivamente hecho. Y ninguno de estos dos juicios —que, por ser auténticamente finales, autorizarían, quizá, a poner fin a la peripecia humana en la tierra— puede formularse por hombre alguno. Porque ambos juicios tienen como contenido nada menos que la lejanía o la proximidad del hombre con respecto a su idea ejemplar en Dios. Y es claro que sobre ello nadie puede decir una sola palabra que no sea irremediabilmente insensata.

\* \* \*

Unas breves —y acaso superfluas— puntualizaciones finales. A lo largo de las anteriores consideraciones se ha intentado razonar una actitud resueltamente contraria a la pena de muerte, situando los argumentos a un doble nivel: el de la oportunidad histórica y el de la justicia. El uso de esta doble perspectiva no supone, en modo alguno, que puedan plantearse con recíproca independencia las cuestiones que desde una y otra se advierten. Especialmente, no supone que, frente a un criterio relativo y concreto, como el de la necesidad, pretenda utilizarse otro abstracto y ahistórico, como el de la justicia. Ni el hombre de hoy ni el de ninguna otra época, pasada o por venir, puede evadirse de su concreción temporal y elevarse a un conocimiento absoluto e incondicionado de lo justo. Por el contrario, qué sea lo justo y lo injusto es algo que se va desvelando, progresiva y laboriosamente, a la conciencia a medida que la humanidad progresa, según el plan divino. Por ello, la definición de la justicia está siempre en función de una constelación de factores que limitan, más o menos estrictamente, el vuelo axiológico del hombre. La justicia, pues, es un valor de contenido variable o, quizá mejor, un valor —nunca plenamente apprehendido—, cuya definición está sometida a la constitutiva variabilidad de las circunstancias históricas. Según esto, afirmar, como se ha hecho en este artículo, que la pena de muerte no es ni necesaria ni justa no significa sostener, sucesivamente, que la misma no es necesaria “hoy” ni ha sido justa “nunca”. El “hoy” como categoría temporal ha

de proyectarse tanto sobre el juicio de oportunidad como sobre el juicio de valor. En rigor, este segundo —efectivamente, si la pena de muerte “ya” no es necesaria, resulta muy difícil admitir que “siga” siendo justa—, pero, además —y ello es lo decisivo—, el juicio de valor aquí admitido y del que se ha partido para elaborar la crítica de esa pena no es otro que la idea de justicia que los hombres de nuestro tiempo y de nuestra cultura han llegado a descubrir. Es desde ella, como creo debe llegarse a la conclusión de que la pena de muerte no es justa.

