

LA PENA DE MUERTE EN EL MARCO DEL PUNITIVISMO CONTEMPORÁNEO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

La iracunda sagacidad de los tiranos y de los doctores ha inventado tormentos tales que los mismos malhechores nunca hubieran podido imaginar.

PIETRO ELLERO, *Sobre la pena de muerte*, Madrid, 1907, p. 99

Sumario: **I.-** La alargada sombra de Caín: del crimen como pena a la pena como crimen; **II.-** El contexto ideológico actual; **III.-** Lógica y realidad de la pena capital: muerte a la muerte o la necesaria revitalización del grito carrariano.

I. LA ALGARADA SOMBRA DE CAÍN: DEL CRIMEN COMO PENA A LA PENA COMO CRIMEN¹

Como escribía mi maestro, el profesor García Valdés, hace ahora más de tres décadas,² podemos afirmar que la pena de muerte nace con la historia de la humanidad,

1 Tomo esta última expresión del libro de GOLDENWEISER 1906 (la primera traducción que conozco de la edición original rusa la realizó al francés J. de JOUKOROWSKI 1901).

2 GARCÍA VALDÉS 1975: 17 ss.

pues podrá variar el método de ejecución en los distintos sistemas jurídicos o países, pero lo cierto es que desde Oriente, Roma y el derecho germánico, hasta los modernos procedimientos de ejecución, pasando por los siglos oscuros de las edades Media y Moderna, el castigo capital se ha aplicado a un enorme repertorio de delitos —desde el tercer hurto, el robo de ovejas o el beso a una mujer—³ al regicidio, produciéndose la muerte por tiro de caballos, fuego en la hoguera, despeñamiento, empalamiento, decapitación, inmersión, cocción, enrodamiento, colgamiento, estrangulamiento y un largo etcétera de procedimientos⁴ tan crueles que, en no pocas ocasiones, la propia sentencia condenatoria permitía que el reo fuera estrangulado secretamente, de tal manera que el tormento lo recibía un cuerpo ya inerte.⁵

Si ello es así, no menos verdad es que existe un punto de inflexión en la historia de la pena capital. Y este, como en tantas otras cuestiones, no podía estar situado sino en el siglo XVIII, pues si bien es cierto que desde la centuria anterior ya se observa un distanciamiento de la aparatosidad y crueldad de los castigos medievales —existiendo voces aisladas que se pronuncian contra la pena de muerte—, será en el dieciocho cuando, al abrigo de las luces del Iluminismo y de la Ilustración,⁶ el argumento tomista, que durante todo el Medioevo y gran parte de la Edad Moderna imperó para justificar la pena capital,⁷ comienza a tambalearse.

3 Al respecto, véase SALVIOLE 1921: 717. La primera edición de este libro, bajo el título *Manuale di storia del Diritto italiano: dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, vio la luz, por la misma editorial, en 1890.

4 Ver, ampliamente, y por lo que a nuestro idioma se refiere: BARBERO SANTOS 1964; en VV.AA., 1978: 17 ss.; CUELLO CALÓN 1920: 55 ss.; 1958: 113 ss.; MAS GODAYOL 1961; 1971; RUIZ FUNES 1934; SUEIRO 1968; 1974; VECILLA DE LAS HERAS 1968; VON HENTING 1967: 187 ss.: 235 ss. De obligada consulta en inglés, SELLIN 1967.

5 A tal respecto, ver BARBERO SANTOS 1972: 149.

6 En este sentido escribe GARCÍA VALDÉS 1975: 106, «El Iluminismo y la Ilustración no solo en todos los órdenes de la vida explican por vez primera la entera del hombre a la luz de la razón, superando el aterrizado arracionalismo precedente, culminándose así la transformación emprendida con la aparición del Renacimiento, que ha sido una batalla por la libertad (novelas en prosa, teatro en lengua vernácula, Abelardo, Bruno, Bacon...), sino que específicamente en nuestra materia se plantea y toma postura concreta en lo referente al mantenimiento o supresión de la pena capital en los ordenamientos jurídicos de los diversos países».

7 En este sentido escribía nuestro admirado TOMÁS Y VALIENTE 1969: 381 s., «La justificación teórica de la pena de muerte no podía ser —y no fue— problema para teólogos y juristas de la Edad Moderna. La influencia del Derecho romano, el sentido absoluto de la Monarquía, la herencia medieval representada por tantas leyes en las que se aplicaba, y por último el magisterio de Santo Tomás argumentando en favor de su licitud, forzosamente había de producir un estado de opinión unánimemente inclinado a su admisión, al menos durante los siglos XVI, XVII y primera mitad del XVIII».

Y es que el de Aquino,⁸ en palabras de Quintano,⁹ perfila la argumentación básica antibolicionista con el tópico utilitario del fruto podrido del árbol que requiere su mutilación para preservar el resto, o el del cirujano que amputa el miembro enfermo del paciente para lograr su curación, argumento de autoridad que fue repetido por la casi totalidad de los escolásticos¹⁰ que vinieron a cimentar la legitimidad de esta pena en razones de necesidad y utilidad.¹¹ Los aislados argumentos de Duns Escoto contra la máxima pena fueron combatidos con ahínco por, entre otros, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto.¹²

Las primeras reacciones que se producen frente a la pena de muerte no fueron dirigidas tanto a la ontología de la misma cuanto a la brutalidad de los procedimientos de ejecución y a la profusión de su empleo.¹³ Para evitar lo primero, el doctor Louis «redescubrió» la guillotina y para reconducirla a «lo razonable» grandes pensadores se esforzaron en delimitar los supuestos extremos a los que únicamente debería quedar aquella reservada.

8 *Summa Theologica, secunda secundae, quaestio* 64, N° 2. Sobre su pensamiento penal, ver ampliamente GUALLART Y LÓPEZ GOICOECHEA 1958.

9 Quintano Ripollés, 1958: 443.

10 Así por todos, véase el capítulo VI del Libro II de *De potestate legis poenalis* de Alfonso de Castro. Ver, al respecto, RODRÍGUEZ MOLINERO 1959: 307 ss.; y ya antes, de obligada consulta, DE HIJOJOSA Y NAVEROS 1890: 15 ss.

11 En este sentido, repitiendo el argumento tomista de que *Et ideo si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur* (Si algún hombre es peligroso para la humanidad y la corrompe a causa de algún pecado, es provechoso y laudable privarle de la vida, para así conservar el bien común). Y es que *Illud quod est necessarium ad conservationem boni non potest esse secundum se malum. Ad conservationem autem concordie inter homines necessarium est, quo et poena malis infligitur. Punire igitur malos non est secundum se malum* (Aquello que es necesario para conservar lo bueno no puede considerarse malo. El castigo de los malos es necesario para la conservación de la concordia entre los hombres, por lo que castigar a estos no es algo malo). Ampliamente sobre la idea tomista de necesidad de la pena de muerte para la conservación del orden social, ver DEL ROSAL 1973: 187 ss.

Insistiría en esta misma línea nuestro Diego de Covarrubias (al respecto, ver SCHAFFSTEIN 1957: 165 ss.), si bien debemos reiterar que el pensamiento penal de Santo Tomás encontró un profundo enraizamiento en los autores de estos siglos, como acertadamente señalara Nagler en su capital obra sobre la pena (NAGLER 1918: 174 ss.).

12 Ver De Hinojosa y Naveros 1973: 126 s.

13 No obstante ello, hemos de recordar que ya a lo largo del seiscientos esta penalidad comienza distanciarse de la aparatosidad de los castigos medievales, siendo entonces cuando empiezan a surgir las primigenias formas de encierro que pretenden ocupar el vacío penológico dejado por aquellos (ver TÉLLEZ AGUILERA 1998: 37 ss.). En este sentido se ha llegado a afirmar que la pena de muerte llegó a hacerse tan inusual que el Alcalde del Crimen Juan de Quiñones tuvo que recordar a Felipe IV que las horcas se habían quedado vacías. ROLDÁN BARBERO 1988: 55.

En efecto, un decreto de la Asamblea francesa de 21 de enero de 1790 había establecido que los reos condenados a muerte deberían ser decapitados por medio de una máquina, siendo el doctor Guillotin quien propuso a la Asamblea la adopción de una máquina decapitadora tan delicada «que si no se esperara la muerte creeríamos haber sentido en el cuello solo una ligera brisa». ¹⁴ Pero, en realidad, lo que Guillotin hizo no fue sino describir una máquina que ya existía y venía funcionando desde siglos atrás, artilugio que había visto dibujado en libros y cuadros antiguos, ¹⁵ recayendo en el doctor Louis, con la activa colaboración del Rey Luis XVI, ¹⁶ el «honor» de diseñar la máquina ejecutora que finalmente se instauraría en Francia, saliendo su fabricación a concurso en 1792 y adjudicándose a Tobias Schmidt, mecánico alemán de clavicordios asentado en Estrasburgo, quien fabricó ochenta y tres guillotinas, realizándose en abril de aquel año una prueba piloto sobre tres cadáveres. Desde aquella fecha (el 15 de abril se ejecutó al primer condenado, llamado Nicolás Jacques Pelletier) hasta el momento de la abolición de la pena de muerte en el país galo (el 19 de septiembre de 1981) decenas de reos fueron ejecutados con aquella «ligera brisa», quedando hoy fiel testimonio de la macabra maquinaria en el Museo de Carnavalet.

Entre las voces que pretenden poner freno al desmedido uso de la pena capital sobresale, como era de esperar, el Marqués de Beccaria quien, quizás influido por una parcial información del ámbito que a dicha pena reservó el derecho romano, ¹⁷ sostuvo que, no siendo la pena de muerte un derecho del Estado, será

14 ESLAVA GALÁN 1991: 213.

15 Ya Durante la Edad Media funcionaron guillotinas más o menos perfeccionadas en Nápoles, Holanda y Alemania. Jaime de Hugaet la representa en 1460 en su cuadro *La decapitación de los santos Abdón Senén* hoy en la iglesia de Santa María de Tarrasa; Alberto Durero dibuja una en 1521 en el techo del Ayuntamiento de Nüremberg, y veinte años más tarde la volvemos a encontrar en Inglaterra bajo el nombre de *Halifax gibbet* (patíbulo de Halifax), también conocida como *Scottish maiden* (virgen escocesa), exhibiéndose actualmente una de ellas, datada en 1567, en el museo de Edimburgo.

16 Fue este monarca, quien curiosamente acabaría sus días guillotinado, el que le sugirió que una cuchilla oblicua cortaría el cuello mejor que una en forma de media luna, como la que proponía Louis.

17 Así VOLTAIRE 1982: 134, cuando comenta, dos años después de su aparición (1766), el *Dei delitti e delle pene* escribe: «Solo se condenaba a muerte a un ciudadano romano cuando hubiera cometido un crimen que tuviese relación con el bienestar del Estado». Sobre lo impreciso de tal afirmación baste dejar hablar al mayor romanista de todos los tiempos: «Si los juicios capitales contra los ciudadanos romanos fueron más o menos excepcionales durante los dos primeros siglos del Imperio, en cambio después de Pío y antes de Alejandro, acaso en tiempos de Severo, la pena de muerte se convirtió en pena ordinaria, no tan solo para los delitos de lesa majestad, sino en general para todos los delitos graves; a partir de entonces la evolución de esta pena se verificó toda ella, y con gran rapidez, en esta misma dirección. La pena de muerte se imponía cada vez

un medio de defensa de este cuando su ejecución aparezca como necesaria para su salvaguarda o cuando exista un grave peligro de contagio criminal,¹⁸ criterio utilitarista que es el que llevó a Voltaire, precisamente, a inclinarse por la pena de trabajos forzados antes que por la de muerte.¹⁹ Los autores ilustrados prenden, pues, la llama del abolicionismo, algunos²⁰ alzando su pluma, sin ambages, contra una pena de muerte que durante siglos la Iglesia había legitimado sobre tres argumentos: las Escrituras Sagradas, el uso de la Iglesia, y los Padres y la razón.²¹ Pero en este primigenio movimiento abolicionista las metas pretendidas no son tanto la desaparición de la pena capital sino su arrinconamiento a lo excepcional y su desvinculación del tormento y la crueldad ejecutiva. Ello explica que, con la sola excepción de la pasajera abolición realizada en Austria y la Toscana, el reflejo normativo de dichas aspiraciones se plasmase en una reducción del campo aplicativo de la pena de muerte. Así, por ejemplo, el Código Penal francés de 1791 redujo los delitos que veían acompañada su comisión con la muerte de 115 a 32, imponiendo como única modalidad de su ejecución la guillotina, sin aditamento de suplicio alguno, pues como decía su artículo 2, «la pena de muerte habrá de consistir en

con mayor frecuencia, y cada vez por faltas de menos gravedad; la ejecución de la misma fue revistiendo formas más y más crueles; el arbitrio judicial se fue entronizando y ampliando de día en día con más vigor». MOMSEN, s.f.: 580.

- 18 «No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo, es solo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habrá vencido la causa en favor de la humanidad.

Por solo dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero, cuando aún privado de libertad, tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. Entonces será su muerte necesaria, cuando la nación recupera o pierde la libertad o, en el tiempo de la anarquía, cuando los mismos desórdenes tienen lugar de leyes; pero durante el reino tranquilo de estas, en una forma de gobierno por la cual los votos de la nación estén reunidos, bien provista dentro y fuera con la fuerza y con la opinión (acaso más eficaz que la misma fuerza), donde el mando reside solo en el verdadero soberano, donde las riquezas compran placeres y no autoridad, no veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, a menos que su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros, y los separe de cometer delitos, segundo motivo por que se puede creer justa y necesaria la muerte de un ciudadano». BECCARIA 1982: 74 s.

- 19 «Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al Estado para sus suplicios, y que su muerte es únicamente útil para el verdugo, que se paga para que mate hombres en público». VOLTAIRE 1982: 133.
- 20 Sería el caso de Lardizábal, 1782: 164 ss., que separándose del criterio de Beccaria, que tanto siguió en otras cuestiones (recuérdese que se le conoce con el sobrenombre del *Beccaria español*), se manifestó contrario a la pena capital en su *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*.
- 21 Ampliamente, al respecto, BERISTAÍN IPIÑA, 1966; en VV.AA. 1978: 161 ss.

la simple privación de la vida». Con el declinar de la aplicación masiva de la pena capital comienza esta a despojarse de la teatralidad y superstición propiamente medievales,²² y la siniestra figura del verdugo,²³ «símbolo viviente de la reacción penal durante siglos de historia»,²⁴ comienza a transitar hacia el funcionariado.

Siguiendo la senda abierta por los Enciclopedistas será en el diecinueve cuando se desarrolle de una manera más profunda el debate sobre la existencia de la pena de muerte. En esta centuria, mientras que los códigos penales siguen dando cobijo en su articulado a la pena de muerte, en la doctrina comienza paulatinamente la cimentación de los argumentos abolicionistas. Se da entonces el paso de la piedad ejecutiva²⁵ al rechazo frontal a la pena capital, resaltándose en este último sentido la clara pluma de Dorado Montero para quien el argumento fundamental de la utilidad de esta pena era una falacia.²⁶

22 Al retraerse la ejecución de la pena de muerte al interior de las prisiones (recuérdese que en España esto no acontece hasta la Real Orden de 24 de noviembre de 1894, luego alcanzando nivel legislativo con la conocida Ley Pulido de 9 de abril de 1900) muchas de las costumbres y usos que acompañaban la escenificación de la ejecución capital desaparecen: derecho del condenado a dirigirse al público, petición de perdón por el verdugo y derecho de este a la propiedad del cadáver del ajusticiado, indultos al reo si se rompía la cuerda de la horca, si una prostituta le pedía en matrimonio o si un cardenal se quitaba el sombrero...

La apuesta doctrinal por despojar a la ejecución de la pena de muerte de toda publicidad, antecedente de la citada Ley de 9 de abril de 1900, puede leerse en ARENAL 1896: 141 ss., y 154 ss., y PULIDO FERNÁNDEZ 1897.

23 Sobre la misma, de obligada consulta en nuestro idioma, además del libro de ESLAVA GALÁN 1991, antes citado, SUEIRO 1971.

24 GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*, cit.: 28.

25 Postura esta que todavía acoge Concepción Arenal, quien no se declara opuesta a la pena de muerte sino a la ausencia de piedad en su ejecución, apuntando entre sus preferencias el método ejecutivo norteamericano «de la electricidad», según ella el más rápido. ARENAL, 1896: 141 ss., y 154 ss.

26 En este sentido escribía el catedrático de Salamanca: «De todas las penas, la considerada siempre como la más grave ha sido la pena de muerte. No se concibe, por lo general, una más grave que ella. Por eso ha figurado en todas partes a la cabeza de la escala penal. Lo único que se ha hecho con frecuencia ha sido agravarla o entibiarla, por decirlo así, acompañándola o no de torturas, y de torturas más o menos refinadas, en su ejecución. La confianza que en ella se ha tenido, y todavía tienen muchos, como medio para contener la delincuencia, depende justamente de su gravedad y de su consiguiente eficacia intimidativa. De ello hacen uno de los principales argumentos, en defensa de dicha pena, sus partidarios.

Pues bien, sépase que dicha eficacia intimidadora de la pena de muerte es nula, o poco menos que nula, según lo demuestran aquellos escritores que han estudiado el punto expresamente. De los datos por ellos recogidos, resulta que la mayoría de los criminales condenados a muerte habían presenciado una o varias ejecuciones capitales. Además, es un fenómeno perfectamente comprobado, tanto desde el punto de vista histórico como desde el psicológico, que la abolición, legal o de hecho, de la pena de muerte, abolición que en el siglo XIX ha tenido lugar en diferentes países, lejos de fomentar la comisión de los crímenes graves, ha disminuido el número de estos». DORADO MONTERO s.f.: 62 s.

No obstante ello, una buena parte de la doctrina penal de las siete primeras décadas del siglo XX continuará asentando la existencia de la pena de muerte en la necesidad,²⁷ en la legítima defensa del Estado,²⁸ cuando no, todavía, en las sagradas

Rebatiendo a Dorado, sin citarlo, en cuanto a la intimidación y ejemplaridad de la pena capital otro catedrático salmantino posterior escribirá: «Los argumentos de los abolicionistas, en este punto, son de una absoluta falta de consistencia. Dicen que algunos condenados a muerte habían presenciado alguna ejecución, lo que revela que no les intimidó. No se concretan los casos en que ocurrió tal cosa, y mucho menos se concreta si se sabe en cuántos otros alejó a los criminales de sus delitos. Hay, en cambio, un hecho cierto: todos los condenados a muerte suplican el indulto y recurren a todos los medios a su alcance para no ser ejecutados. Exceptuados de esta observación al héroe y al mártir que, precisamente, por tener plena conciencia de que son injustamente condenados, saben que mueren para vivir en la Historia, y no suplican el indulto. Alegan algunos escritores que no es ejemplar, y añaden que en los países donde se ha suprimido la pena de muerte no existe aumento de la criminalidad castigada con la última pena. Es muy dudoso que esto sea cierto; lo cierto es que la pena de muerte ha sido nominal en casi todos los países, y justamente por eso ha perdido toda su eficacia. Además, en el aumento o disminución de los criminalidad influyen otras muchas circunstancias que había que valorar en cada caso». SÁNCHEZ TEJERINA 1937: 338 s.

27 Sería la opinión de SALDAÑA y GARCÍA-RUBIO s.f.: 285 s., cuando se autoproclamaba *abolicionista consciente*: «Decir literalmente yo no soy partidario de la pena de muerte, es lo mismo que decir yo no soy partidario de la Browning para viajar. Eso depende de los peligros que nos aguarden en el camino, según el país que hemos de atravesar. En un país de pastores, donde nadie maneja más arma ofensiva que el palo, la Browning debe suprimirse; es suficiente para defenderse el bastón. Las armas que emplea la sociedad para defenderse son las penas y estas han de ser análogos a los delitos, agudo grito de los peligros. Cada uno teme perder aquello que más quiere, que es justamente de lo que abusa.... Para contener al usurero o al estafador basta amenazar sus intereses. La pena de muerte para él es innecesaria. Para poner freno en el corazón del homicida, del que abusa de la fuerza, es preciso amenazarle con la pérdida de lo que más estima y más abusa, de la fuerza en su suprema síntesis: la vida. Cuando no hay apenas homicidas, la pena de muerte debe suprimirse, cuando se abolieron las demás, por innecesaria. Nosotros somos abolicionistas, somos abolicionistas conscientes».

28 En este sentido escribiría SÁNCHEZ TEJERINA 1937: 340, «¿Es legítima? En cuanto a su legitimidad, basta con encuadrar el problema dentro de la legítima defensa. Si un hombre puede dar muerte a otro obrando en propia defensa, ¿cómo vamos a negar al Estado el derecho a defenderse contra sus enemigos interiores, cuyo peligro actual e inminente está demostrado sus ataques injustos son ciertos? No habrá más que examinar cuidadosamente este requisito: necesidad racional de la pena de muerte para defenderse el Estado».

El argumento de la legítima defensa del Estado lo encontraremos casi medio siglo después enarbolado por la doctrina penal más conservadora de nuestra democracia. Así Rodríguez Devesa escribirá: «En circunstancias profundamente anormales, estos razonamientos quedan invalidados, porque presuponen un normal funcionamiento de las instituciones estatales. Cuando el Estado queda desorganizado, prevalece frente a todo argumento la vieja farmacopea. Reaparece entonces la pena de muerte como un tanteo empírico de restablecer la normalidad. La sensibilidad de grandes masas de población en tales circunstancias extremas se endurece. La esperanza de grandes cambios hace perder todo género de eficacia a las restantes penas. La pena de muerte

Escrituras. Pero, como dijimos, la semilla abolicionista ya estaba sembrada y solo había que esperar a que germinara; tarde o temprano se vislumbraba que la evolución de la pena de prisión y los sistemas penitenciarios terminarían por arrinconar a la pena capital.²⁹ En este sentido nos recordaba Valdés Rubio³⁰ que «ha dicho un ilustre catedrático³¹ que la pena de muerte se va retirando, y que aunque se retira por escalones, está llamada a desaparecer; y añade que, pasado algún tiempo, en vez de preguntar si esta pena debe imponerse, se preguntará como cuestión histórica, cómo ha sido posible que esa pena haya existido».

El camino fue largo, tortuoso y no siempre lineal, habiendo existido autores de renombre que más que evolucionar involucionaron.³² La impronta dejada en la criminología por el positivismo tampoco ayudó al respecto,³³ al aportar argumentos en

se ofrece entonces como remedio heroico a las graves enfermedades del cuerpo social». RODRÍGUEZ DEVESEA 1981: 847.

29 VALDÉS RUBIO 1892: 426 s., escribía al respecto: «Dedúcese de todo lo expuesto que la abolición de la pena de muerte su reemplazo por la de reclusión de duración indefinida, cuyo *mínimus* sea en todo caso de treinta años, y cuyo límite máximo o duración sea indefinida *a priori* solo se fije *a posteriori* en vista de las señales de corrección y arrepentimiento que prueban su enmienda probable, no es producto del sentimentalismo, sino la consecuencia lógica y necesaria del desarrollo progresivo del Derecho y especialmente de la ciencia penal y, dentro de esta, de los sistemas penal y penitenciario. Por faltar estos, vislumbrados únicamente por los Padres de la Iglesia, fue una terrible característica del derecho penal en la Edad Media multiplicar las ejecuciones de la pena capital y los modos de llevarla a efecto aumentando la intensidad o la duración de los tormentos que precedían a la muerte. Esta pena es más frecuente cuanto más bárbaros son los pueblos o cuanto más desordenadas y antijurídicas son las épocas por que atraviesan. Así lo enseña la historia, principalmente en sucesos de guerras y revoluciones».

30 VALDÉS RUBIO 1892: 423.

31 Se refiere aquí Valdés Rubio a D. Francisco de la Pisa Pajares, y al discurso que este pronunció en el Senado el 12 de enero de 1888.

32 Sería el caso de CUELLO CALÓN 1929: 184 s., 1920: 69 s., 1929, quien en los años veinte se alineaba claramente con el abolicionismo al señalar que para liberarse la sociedad de los delinquentes más temibles no era necesario ni preciso acudir a la pena de muerte, la cual podía ser sustituida por otro método de defensa social más humano y de igual o mayor eficacia protectora. Contrariamente, a partir de la publicación de su *Moderna Penología*, 1958: 207 ss., afirmó que la pena de muerte es legítima cuando es merecida, puesto que hay crímenes que causan tanto horror que la conciencia colectiva solo los considera punibles con la muerte, teniendo esta, asimismo, un valor instrumental de protección social contra criminales endurecidos e insensibles, no susceptibles de reforma e indiferentes a la amenaza penal»; criterio luego mantenido de forma repetida en las distintas ediciones de su *Derecho Penal*, 1981: 838).

33 En este sentido hemos de recordar que tanto el primer Lombroso como, sin ambages, Garófalo, fueron partidarios de la pena de muerte. Lombroso, 1902: 432, la reservó en un primer momento como medida excepcional de selección extrema para defender a la sociedad de los sujetos irreformables que la amenazan, pues como en estos casos la selección natural resulta insuficiente hay que completarlo con una deliberada selección social que elimine a los individuos sobremaduros antisociales. Pero años más tarde suavizaría su opinión, y, así, respondiendo al diputado

relación a que la pena de muerte eliminaba la tara criminal.³⁴ Pero en la segunda mitad del siglo XX, y muy particularmente en el último cuarto de siglo de la pasada centuria, la batalla del abolicionismo *parece ganada*.³⁵

II. EL CONTEXTO IDEOLÓGICO ACTUAL

Pero como bien sabemos, las apariencias son en muchas ocasiones engañosas. Y si bien es verdad que la segunda mitad del siglo XX fue el momento en el que las

Reinach, que había presentado en el Parlamento un Proyecto de ley sobre la abolición de la pena de muerte, escribiría: «Le agradezco querido diputado el envío del texto del proyecto acerca de la abolición de la pena de muerte. Fui partidario de la pena capital durante mis primeros años de mis estudios jurídicos, pero tras madura reflexión me he convertido en adversario (*ne sono diventato anch'io avversario*). No es que la pena de muerte no sea lógica, sino que si nos colocamos únicamente en el plano del interés social, la pena de muerte podría ser útil solo a condición de que se ejecutase con frecuencia. Lo cual constituiría una barbarie. Aplicada raramente, como ocurre ahora, no es más que un espectáculo público terriblemente doloroso y contrario a nuestras actuales costumbres» (LOMBROSO 1906: 575; puede verse también su artículo «*Peine de mort*» (LOMBROSO 1909).

Por lo que GARÓFALO, s.f.: 232, se refiere, su concepción criminológica le llevó a defender la pena de muerte «contra la corriente», pues la misma no es, a su juicio, sino un mecanismo de selección artificial que sigue, simplemente, el sabio modelo de la naturaleza. Junto a esta eliminación absoluta de la sociedad, reservada para los casos de delincuentes «naturales», admitió una eliminación relativa, representada por la deportación y la reparación para los delincuentes susceptibles de adaptación. Así escribiría: «La muerte de los culpables y de los rebeldes, medio ordinario de venganza o de terrorificación, ha sido también empleado como el medio más sencillo y más seguro de eliminación. Se ha considerado como equivalente de la pena de muerte la de deportación, que no es más que una especie de destierro, la única posible en las condiciones de la civilización actual, pero, como el destierro, incompleta por respecto a la privación de la vida social. Solo conseguiría este objeto en el caso en el que el condenado fuese transportado a un lugar completamente desierto. Mas la soledad absoluta es incompatible con la vida del hombre. Los Robinsones concluyen siempre por encontrar seres humanos. No es posible imaginar que haya en Oceanía una isla por delante de la cual no pueda pasar un buque. Otro equivalente de la muerte es la reclusión perpetua, pero esta deja al delincuente abierta la puerta de la posibilidad de la fuga y del perdón. *No hay, por consiguiente, ningún otro medio de eliminación absoluta, completa, más que la muerte*. No me propongo discutir aquí la cuestión de la pena capital, sino tan solo defenderla contra una objeción que se le podría hacer apoyándose en los mismos principios que nosotros acabamos de sentar».

34 De esta opinión, entre otros, Saldaña, s.f.: 286 afirmaba: «Se repite, una vez más, que la pena de muerte ni remedia ni previene, olvidando que evita la evasión, la reincidencia, *la herencia criminal* y la imitación».

35 Contándose para ello con un mayoritario apoyo doctrinal; así, por todos, ver: JIMÉNEZ DE ASÚA 1966: 179 ss.; RUÍZ-FUNES GARCÍA 1944; ANTÓN ONECA 1986: 517 ss.; CASABÓ RUIZ 1972: 100 ss.; LANDECHO VELASCO 1970: 1 ss.; CEREZO MIR 1972: 781 s.; BARBERO SANTOS 1985; DEL ROSAL 1973; GIMBERNAT 1971: 32 ss.; GARCÍA VALDÉS 1975, entre otros.

legislaciones europeas más avanzadas hacen desaparecer de su arsenal punitivo la pena capital³⁶ no menos lo es que en el final de dicha centuria surge un fenómeno político criminal, que ha recibido varios nombres (cultura del control, populismo punitivista, expansión del derecho penal...), el cual permite dar alas a la idea de que la sociedad ha de recuperar a la pena de muerte para defenderse de la creciente criminalidad, lo que explica que determinados ordenamientos (caso, por ejemplo de Perú) hayan iniciado trabajos legislativos en esta dirección y que en el momento de la redacción del estatuto de la Corte Penal Internacional se produjera un importante y áspero debate en relación a la admisibilidad de la imposición de la pena capital, opción finalmente descartada ante la oposición que en tal sentido presentaron países como Francia, España, Suiza, Suecia o la Santa Sede.

En efecto, como hemos tenido la oportunidad de escribir en otro lugar,³⁷ desde finales de los ochenta y principios de los noventa vivimos en lo que se ha venido a denominar «una nueva cultura del control»,³⁸ caracterizada por la preterición de un modelo basado en la resocialización a favor de un modelo cuya meta es la incapacitación de los delincuentes; la política criminal ya no persigue incidir en los factores que llevaron al sujeto al delito (recuérdese al respecto el texto del artículo 59 de la Ley Penitenciaria española cuando define lo que sea el tratamiento penitenciario) sino en reducirle las oportunidades para que cometa delitos, y la criminología (cuya finalidad ahora se sitúa en el llamado prevenciónismo situacional) centra su punto de mira no tanto en estudiar las causas del delito para tratar al delincuente cuanto en darnos pautas de cómo defendernos ante él.³⁹ Se trata de una época caracterizada por lo que se conoce como *populismo punitivo*, cuya nota definitoria⁴⁰ es el uso del derecho penal por unos gobernantes que creen que mayores penas pueden reducir el delito, que estas penas pueden ayudar a reforzar el consenso moral existente en la sociedad y que hay unas ganancias electorales producto de este uso del *ius puniendi*.

La llamada expansión del derecho penal como fenómeno característico de la moderna política criminal europea ha sido estudiada por múltiples autores —y especialmente con gran acierto en España por el profesor Silva-Sánchez—⁴¹ quienes han señalado como causas causas explicativas del mismo, entre otras, las siguientes:

36 Alemania en 1949, Francia en 1981, Gran Bretaña en 1969, Italia en 1944, España en 1978 (para delitos comunes) y 1995 (abolición en tiempos de guerra), Irlanda en 1973, Suiza en 1942.

37 TÉLLEZ AGUILERA 2005: 52 ss.

38 GARLAND 2001.

39 Sobre el citado cambio de paradigma puede verse, ampliamente, ZIMRING/HAWKINS, 1995.

40 Ver BOTTOMS 1995: 39 ss.

41 SILVA-SÁNCHEZ 2001: 25 ss.

1. La crisis de la idea del fin reinsertador de las penas privativas de libertad, como hemos dicho, con el correlativo resurgimiento de sanciones marcadas por un punitivismo que persiguen ser expresivas de una mano dura que el Gobierno ejerce con firmeza y el pueblo reclama como justicia.⁴² La delincuencia se convierte en un tema central de las campañas electorales,⁴³ desde donde se prometen acciones legislativas de claro contenido simbólico.⁴⁴
2. El cambio de imagen en la idea estereotipada del delincuente: si en la sociedad del modelo reinsertador la imagen del delincuente era la de un marginado social —lo que, evidentemente, propiciaba una cierta empatía que alabonaba la existencia de alternativas a la prisión—, en el modelo punitivo el delincuente es un terrorista, un asesino o un violador, esto es, un criminal peligroso al que hay que inocular.
3. La irrupción de nuevos intereses y la correlativa aparición de nuevos tipos penales: es cierto, y lógico por otra parte, que la evolución social lleve aparejada la aparición de nuevos bienes jurídicos necesitados de protección penal. Estos nuevos bienes se pueden clasificar en tres categorías: aquellos que responden a una auténtica aparición de nuevas realidades necesitadas de protección (por ejemplo la protección penal de la autodeterminación informativa),⁴⁵ aquellos bienes tradicionalmente abundantes que ahora se convierten en bienes escasos y que por tanto requieren de la intervención del derecho penal (por ejemplo el medio ambiente) y, por último, aquellos casos en los que el cambio socio-cultural provoca un incremento esencial del valor de un bien que ahora se entiende debe estar protegido por el derecho penal antes que por otras ramas del derecho (por ejemplo, el patrimonio histórico). Todo ello provoca lo que se denomina una expansión razonable del derecho penal. Pero ocurre que junto a ello aparece también una expansión irrazonable que hace que se incriminen conductas (por ejemplo, dentro de los delitos societarios) que podían tener respuesta jurídica fuera del derecho penal, infringiéndose con ello uno de los principios

42 Ver TONRY 1999: 419 ss.; 2004. No obstante, existen autores que relativizan la importancia de la opinión pública en esta actitud de los políticos (por todos, BROWN 2006: 308) llegándose a hablar de «un mundo de políticos vaciado de realidad» (LEINEMANN 2005).

43 Ver BECKETT 1994: 425 ss.; 1997; BECKETT/SASSON 2004. PARENTI 1999; JACOBS 2001: 171 ss.; SMITH 2004: 925 ss.

44 Ampliamente, CURRIE 1998; LYONS 2000: 103 ss.

45 En una sociedad de riesgos, lógicamente, buena parte de las amenazas a los bienes jurídicos de los ciudadanos provienen de los propios avances técnicos (el fenómeno Internet sería una buena prueba de ello). Sobre el tema, puede verse, por todos, PÉREZ DEL VALLE 1996: 61 ss., y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA 1997: 289 ss.

clásicos informadores de esta rama del ordenamiento jurídico: el principio de *ultima ratio*.

4. La institucionalización de la inseguridad: conforme la sociedad es cada vez más compleja crece la interdependencia de los sujetos, lo que da lugar a que la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas, del control del riesgos, que ejercen terceros, lo que en el derecho penal implica una tendencia «hacia la exasperación» de los delitos de comisión por omisión.
5. La implantación generalizada de una sensación social de inseguridad: consecuencia de lo anterior, uno de los rasgos más característicos de las sociedades postindustriales es la sensación general de inseguridad, la «multiplicación emocional del riesgo existente»,⁴⁶ el imperio de los «pánicos morales».⁴⁷ Es la sociedad del miedo, donde la vivencia subjetiva del riesgo es claramente superior a la propia existencia del mismo.⁴⁸ A ello contribuye decididamente lo que se denomina «las nuevas fábricas del miedo»:⁴⁹ los medios de comunicación, de los que se afirma que «son el instrumentos de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización y de nuevo introducir en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos».⁵⁰ Si bien se ha de reconocer que la pretensión social de seguridad es en sí legítima, hay que señalar que lo criticable es que esta aspiración se desborde de su justa medida y se convierta en la idea rectora de todo el derecho penal, desconociéndose las limitaciones de este derecho para dar una respuesta omnicompreensiva a esa pretensión, máxime si se tiene en cuenta que el anhelo de seguridad se busca no en su clásico lugar natural, el

46 En palabras de Artz acuñadas ya en 1976. Ver ARTZ 1976: 33.

47 Ver TYLER/BOECKMANN 1997: 237 ss.; CHIRICOS 1998: 58 ss.

48 Acerca de la sobredimensión del miedo a ser víctima de un delito, Ver KURY 2004: 126 ss.; KURY 2004: 457 ss.; KURY /LICHTBLAU /NEUMAIER / OBERGFELL-FUCHS 2004: 141 ss.; KURY /LICHTBLAU /NEUMAIER /OBERGFELL-FUCHS 2005: 3 ss.

49 BARATA 1995: 83 ss. Ampliamente, CHERMAK 1995; SASSON, 1995.

50 GARAPON, 1997: 94. Así se ha afirmado: «Los medios de comunicación están sirviendo de auténticos catalizadores de las políticas autoritarias que están sumiendo al conjunto del sistema penal en una involución de imprevisibles consecuencias. Los objetivos de la presión mediática (inmigrantes, terroristas, menores infractores o pedófilos, por poner cuatro casos de actualidad) distan mucho de ser elegidos al azar y las razones que motivan su salida a la escena penal —por expresarlo con una metáfora teatral— permanecen ocultas a la ciudadanía, la cual se limita a esperar en el corral la llegada del *Deus ex machina* del Estado con una de sus armas predilectas: el derecho penal». RAMOS VÁZQUEZ 2003: 147 s.

derecho de policía, sino en exclusivamente en el derecho penal. Esta inseguridad ontológica,⁵¹ potenciada por cambios en las estructuras sociales de control tanto informales (así en nuevos modelos y valores familiares) como formales (retramiento de la comunidad nacional frente a las estructuras supranacionales), hace que la sociedad proyecte sus inseguridades en el delito⁵² —cuyo concepto se amplía a cualquier tipo de molestia o comportamiento incívico— las denominadas *quality of life offences* (vagabundos, *graffiteros*, moteros, mendigos...).

6. El retroceso de la asunción del riesgo permitido: como es sabido, la industrialización, en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, trajo consigo la construcción del concepto de riesgo permitido como límite a la incriminación de conductas. Se entendía que la sociedad industrial había de pagar el precio del desarrollo admitiendo que las empresas no adoptasen las máximas medidas de seguridad. Si se quería crecer se era consciente de que se debían asumir unos riesgos. Por el contrario, en la sociedad postindustrial se advierte un claro retroceso de la idea del riesgo permitido: se apuesta por un modelo social orientado a la restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada. La frontera entre el riesgo permitido y el prohibido se diluyen y en la dogmática penal se expande el principio de injerencia para fundamentar la comisión por omisión.
7. La expansión de lo injusto: en una sociedad que vive en el miedo a la inseguridad y que pretende erradicar todos los riesgos permitidos, los ciudadanos tienen una resistencia psicológica frente a la aceptación de que un daño puede deberse al azar. Si hay daño siempre debe haber alguien que responda del mismo. Como acertadamente se ha señalado, se produce una transformación del accidente o desgracia en injusto,⁵³ lo que inevitablemente conduce a una ampliación del derecho penal. La víctima contemporánea no asume la posibilidad de que un daño sufrido sea producido por caso fortuito o que en el mismo haya una colaboración de la propia culpa de la víctima. Se parte del axioma de que siempre ha de haber un tercero responsable al que imputar el hecho y sus consecuencias patrimoniales y/o penales. No se admite que nadie sea responsable. Dentro de este marco ideológico se explica la importante evolución cuantitativa de los delitos de peligro en los códigos penales. Y ese alguien responsable que siempre debe existir debe serlo a toda consta. En este contexto se explican las opiniones

51 Ver YOUNG 1999: 14.

52 Ver ampliamente, Roberts/Stalans/Indermaur/Hough 2003.

53 Del «Unglück» al «Unrecht» en conocida expresión de PRITTWITZ 107 ss.

cada vez más difundidas de aplicar el derecho penal incluso a menores de edad, contraponiéndose con ello a las tradicionales ideas que sustentaban un trato penal más benigno a la delincuencia infantil y juvenil; y en el ámbito criminológico esa búsqueda incansable de responsabilidad penal personal ha llevado a un claro cambio de paradigma: las tesis de la responsabilidad social en el delito características de los años sesenta y setenta (recordemos la vieja máxima de que todo el mundo es responsable excepto el delincuente) ceden paso al monopolio de la responsabilidad personal del delincuente. La etiología del delito no importa, lo importante es que se castigue al delincuente.

8. La identificación de la sociedad con la víctima del delito: el *ius puniendi* pasa de concebirse como la espada del Estado contra el desvalido delincuente a entenderse como la espada de la sociedad contra el enemigo de la convivencia. De la concepción de von Liszt de entender la ley penal como la Carta Magna del delincuente se pasa a la de configurarla como Carta Magna de la víctima, lo que acarrea un nuevo modo de entender el principio de legalidad: las exigencias de interpretaciones restrictivas de los tipos o la proscripción de la analogía ya no se ven como sacrosantos principios que siempre deban ser respetados, apostándose, al contrario, por interpretaciones extensivas que garanticen la efectiva realización del derecho penal a cualquier precio. En este marco, la pena también sufre un cambio de concepción. Los fines reinsertadores, aun con respaldo constitucional como en los casos de España o Italia, se entienden reminiscencias mojigateras de tiempos pretéritos. Surge la moderna teoría de la pena victimológica (*Viktimologische Straftheorie*)⁵⁴ según la cual la pena no es sino un mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito, con lo que se le reintegra moralmente al manifestarle la solidaridad del grupo social. La víctima renace de sus propias cenizas e impregna todo el sistema, presentándose no ya como una parte a la que hay que reconocer derechos, sino utilizando estos como cortapisa a los derechos del delincuente, presentándose, en fin, como la personificación de la justicia vindicativa.
9. El descrédito de otras instancias de protección: la exigencia de una mayor presencia del derecho penal viene también motivada por el descrédito en el que han caído otras instancias de protección. Y en primer lugar destaca la relajación de las normas de la moral social⁵⁵ (como normas de conducta

54 Ver JEROUŠCHECK 2000: 185 ss.

55 Relacionando dicha relajación con el materialismo y la cultura del consumismo, ver VAUGHAN 2002: 195 ss.

sociales ajustadas a unos valores éticos) con el consiguiente desmoronamiento de los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y lo malo, lo que lleva a la sociedad a una posición cercana a la anomia durkhemniana, a un relativismo moral (mi verdad tan válida como tu verdad)⁵⁶ que esfuma el binomio bueno–malo y lo sustituye por el de delito–no delito, en cuyo contexto todo está permitido siempre que no sea delito, convirtiendo al derecho penal en el único baluarte y referente social. Y cuando no se tiene bien claro qué es o no delito todo cae del lado del «todo vale», «es una opción más».⁵⁷ En este panorama se ha convertido en excepcional el que una conducta, no reputada delictiva, pueda ser reprobada socialmente como inmoral, lo que, aparte de tener el efecto de favorecer el desarrollo de la delincuencia,⁵⁸ supone coadyuvar directamente a la expansión del derecho penal ya que el espacio dejado por la liberación de las prohibiciones morales es ocupado, en parte, por nuestra disciplina. Si a ello añadimos la devaluación de otras instancias jurídicas de control como el derecho civil (con su evolución de un modelo de reparación de daños por la responsabilidad a un modelo de reparación por seguro) y el derecho administrativo (desacreditado por el excesivo juego del principio de oportunidad) el círculo expansivo queda cerrado.

10. Los nuevos gestores de la moral colectiva: los gestores tradicionales de la moral colectiva, esto es, los estamentos burgueses–conservadores han sido ahora sustituidos por unos nuevos gestores: los partícipes de tertulias televisivas o radiofónicas, las asociaciones de ecologistas, de feministas, de consumidores, de vecinos (contra pequeños traficantes de droga), de pacifistas (contra la propagación de ideas violentas) o en general las ONG que protestan contra la vulneración de los derechos humanos. Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del derecho penal

56 Resulta paradigmático el reflejo de este relativismo moral que se observa cotidianamente en los medios de comunicación de masas. Baste recordar al respecto anuncios televisivos que incitan a quedarse con el coche de lujo que equivocadamente te trae el guardacoche, engañar a una anciana a la que le ha tocado un premio en un sorteo y que te ha pedido que le leas el boleto....

57 Así, y volviendo a los ejemplos televisivos, hemos podido oír cómo un conde tertuliano argumentaba cómo en su adolescencia italiana su padre le llevó a un prostíbulo al alcanzar los dieciséis años, anunciando que él hará lo mismo con su hijo al cumplir dicha edad, al objeto de que mediante el sexo pagado se convierta en un hombre. Ante el revuelo por el anuncio los «periodistas» concluyeron que era «una opción más», desconociendo que en realidad no estaríamos ante otra cosa que un delito de corrupción de menores.

58 Como ha resaltado la teoría social de la anomia, que subraya el valor criminógeno de la devaluación de instituciones sociales no económicas como la familia, la educación, la religión. Ver MESSNER /ROSENFELD 2001.

en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses. Tales demandas de criminalización,⁵⁹ por cierto en buena parte atendidas por un legislador muy preocupado de la opinión publicada,⁶⁰ no solo amplían cuantitativamente el derecho penal sino que, en muchos casos, llevan a vulnerar principios generales de esta rama del ordenamiento jurídico, muy particularmente el principio de proporcionalidad en la ley, al traducirse en un incremento punitivo totalmente desmesurado respecto a la protección de bienes jurídicos de similar importancia pero que no cuentan con el respaldo de estos gestores.

11. El cambio de actitud política frente al derecho penal: un modelo tradicional, según el cual los partidos de derechas asumían la tesis de incremento de la seguridad a través de una mayor presión punitiva, mientras que los partidos y organizaciones de izquierdas mantenían una opinión contraria a ello, se ha volatizado, y hoy tanto unos como otros, si bien bajo argumentos diferentes,⁶¹ preconizan un mismo discurso, el de la ecuación «más seguridad igual más derecho penal». Es curioso que si se analiza la gestación del Código Penal español de 1995 y se leen los debates parlamentarios, observaremos que, desde el prisma señalado, era harto difícil discernir mensajes que no obedecieran a una misma filosofía: la de la expansión del derecho penal que venimos analizando. En paralelo al surgimiento de un neoliberalismo económico (que recorta el estado social y pasa a gobernar

59 Sobre la falta de una concepción clara del concepto de punitividad y las hipótesis poco fundadas sobre la opinión pública sobre lo que la población realmente quiere, ver MATHEWS 2005: 175 ss. Sobre las consecuencias de ello en la distinta orientación de la política criminal diseñada en los distintos Estados de Norteamérica ver BARKER, 2006: 5 ss.

60 La hipótesis que hace años formulara Garland en el sentido de que la fuente de presión para este crecimiento de la punitividad procedía de las «clases medias profesionales» (ver GARLAND 2000: 347 ss.; 2001: 148) han sido rebatidas por varios autores, quienes han encontrado una relativa homogeneidad en las todas las clases sociales en cuanto a la citada reivindicación (por todos, ver: WARR 1995: 296 ss.; FLANAGAN 1997: 1 ss.; SCHEINGOLD 1999; CULLEN/FISCHER/APPLEGATE 2000: 1 ss.), llegándose a afirmar que pueden coexistir actitudes punitivistas junto a otras favorables a la reinserción social, dependiendo de qué tipo de delinquentes se trate (CULLEN/FISCHER/PEALER/APPLEGATE/SANTANA 2002: 163 ss.; DOBLE 2002: 148 ss.) y no faltando incluso quien ha demostrado que son precisamente las élites financieras y de educación las menos punitivas (CESARONI/DOOB 2003: 434 ss.).

61 Así, la izquierda asume la filosofía de la ley y orden «a su manera», esto es, argumentando que en el fondo el derecho penal es el que verdaderamente sirve para proteger a los más débiles, ya que las clases pudientes tienen formas de autodefensa (seguridad privada, barrios protegidos con vigilancia...) que hacen que se desplace la delincuencia hacia los que no pueden permitirse dicha autotutela.

a través de un estado punitivo)⁶² se difunde un neoconservadurismo político, que enfatiza un mensaje de la peligrosidad de la delincuencia que subraya la exigibilidad de la responsabilidad individual frente a cualquier tipo de explicación criminológica de carácter social.

Vemos pues, que el derecho penal «moderno»⁶³ se caracteriza por la expansión cuantitativa (ampliación del ámbito de aplicación) y cualitativa (agravación punitiva de los tipos) de *ius puniendi* de un Estado que en muchas ocasiones se limita a utilizarlo de manera simbólica,⁶⁴ es decir, para «dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido».⁶⁵ Y es que los fenómenos de expansión y simbolismo del derecho penal se encuentran íntimamente entrelazados. En tal sentido, acertadamente se afirma: «el derecho penal simbólico no solo identifica un determinado hecho sino también, o sobre todo, a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal —dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos— persigue la construcción de una determinada imagen de identidad social mediante la definición de los autores como otros no integrados en esa identidad, mediante la exclusión del otro. Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazados vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escala, especialmente cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación procede examinar lo que surge de su unión: el «derecho penal del enemigo».⁶⁶

En efecto, el derecho penal del enemigo se alza en la actualidad⁶⁷ como una posición doctrinal que legitima una mayor intervención cuantitativa y cualitativa

62 Ver ampliamente, VV.AA., 2000b. Más detalladamente: ZEDNER 2002: 362 ss.

63 Sobre el concepto de derecho penal moderno versus clásico y liberal (por el que opta para referirse al de la Ilustración), Ver GRACÍA MARTÍN 2002: 352 ss.

64 Sobre el derecho penal simbólico, por todos, véase: DIEZ RIPOLLÉS 2001: 3 ss.

65 SILVA SÁNCHEZ 1992: 305.

66 CANCIO MELIÁ 2003: 78. Últimamente de obligada consulta por erigirse como una auténtica enciclopedia del derecho penal del enemigo (con connotaciones críticas incluidas) véase VV.AA. 2006.

67 Si bien hay que recordar que su formulación se remonta a mitad de los años ochenta de la pasada centuria, concretamente en un trabajo publicado por Jakobs en el tomo 97 de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, correspondiente al año 1985 (: 753 ss.), y que puede verse en sus *Estudios de derecho penal*, ed. Civitas, Madrid, 1997: 293 ss. No obstante, como acertadamente se ha señalado, el adelantamiento punitivo mediante medidas predelictuales pensadas para delincuentes peligrosos y habituales, considerados «enemigos fundamentales del orden social» (en terminología de la conocida tripartición de tipos de delincuentes formulada en 1882 por Von Liszt en su *La idea del fin en el derecho penal* (existe traducción española de Enrique

del *ius puniendi* de los estados, y que viene a caracterizar al derecho penal por tres notas fundamentales.⁶⁸ En primer lugar se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva y no retrospectiva, por lo que el punto de referencia es la posibilidad futura de la comisión de un hecho delictivo y no de un hecho ya cometido. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Y, en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas, cuando no simplemente suprimidas.

El destinatario de este nuevo derecho penal no es el ciudadano, sino el enemigo, quien se caracteriza no por delinquir ocasionalmente sino por haber abandonado de forma duradera y permanente el derecho, sea a través de su comportamiento (delinquentes sexuales peligrosos) sea a través de su vinculación no pasajera a una organización delictiva (terrorismo, delincuencia organizada) o bien a través de su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada), es decir, en cualquier caso de manera presuntamente duradera ha abandonado el derecho, por consiguiente ya no garantiza un mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta, por lo que sale del derecho penal de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*) para entrar en el derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*).⁶⁹

El propio Jakobs ha sintetizado su concepción en seis postulados básicos:⁷⁰

12. En el derecho penal del ciudadano la función manifiesta de la pena es la contradicción; en el derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos.
13. En el derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (Rousseau, Fichte). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio (Hobbes, Kant).

Aimone Gibson con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba, publicado en Valparaíso, 1984, y otra publicada en Granada por la editorial Comares en 1995 cuya traducción fue llevada a cabo por Carlos Pérez del Valle con introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar). Sobre dichos antecedentes, puede verse MUÑOZ CONDE 1994: 1025 ss.; 2002: 487 ss. Remontándose a los planteamientos filosóficos incluidos en las obras de Rousseau y Hobbes, Ver PÉREZ DEL VALLE 2001: 597 ss.

68 Ver CANCIO MELIÁ 2003: 79 ss.

69 Ver JAKOBS 1999: 139.

70 Jakobs/Cancio Meliá 2003: 55 s.

14. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe de ser combatido como enemigo. Esa guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.
15. Las tendencias contrarias presentes en el derecho material (contradicción versus neutralización de peligros) encuentran situaciones paralelas en el derecho procesal.
16. Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo.
17. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del derecho penal del enemigo sin ser solo por ello ilegítima.

Pues bien, esta filosofía penal ha encontrado en nuestros días un importante eco en todos los países del llamado mundo occidental. En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica la *Patriot Act* del 26 de octubre de 2001 es sin duda alguna el ejemplo más claro del derecho penal del enemigo nacido tras el 11-S, al permitir, entre otras cosas, la detención de un extranjero durante siete días, sin necesidad de presentar cargos contra él, siempre que exista una mínima sospecha de vinculación terrorista. Y en Europa los reflejos del derecho penal expansivo a que nos venimos refiriendo se encuentran en toda su geografía jurídica; el Viejo Continente ha sucumbido a los postulados del derecho penal del enemigo.⁷¹ Así, por ejemplo, en Italia, la Ley de 15 de diciembre de 2001, que trae causa de Decreto-Ley del 18 de octubre (no nos olvidemos de la nota de emergencia que caracteriza al «moderno derecho penal»), contiene un conjunto de disposiciones urgentes destinadas a contrarrestar el terrorismo internacional en el que sobresalen de forma peligrosa dos notas significativas muy comunes en todas las legislaciones contra el enemigo: la pérdida de los perfiles que contornan el concepto de terrorismo (debido a la dilatación del mismo)⁷² y la pérdida de garantías procesales como producto de la

71 Ver ampliamente, PORTILLA CONTRERAS 2003: 161 ss.

72 Así, dentro del citado concepto se engloba a quien promueva, constituya, organice, dirija o financie asociaciones que se propongan la realización de actos violentos con finalidad de terrorismo internacional o de subversión del orden, aun cuando dichos actos tengan como destinatario un Estado extranjero o un organismo internacional, incluyéndose, asimismo, la sanción de cualquier acto de colaboración entendido como realizar conductas que incluyen refugiar,

creación de un espacio de impunidad en la represión del delito, fundamentada en un criterio funcionalista de la seguridad del Estado. En Francia han sido las leyes 1062, del 15 de noviembre de 2001, sobre seguridad cotidiana, y la 66 del 19 de marzo de 2003, y en el Reino Unido la *Crime Security Bill* de diciembre de 2001. Y en España, fue la Ley Orgánica 7/2003, llamada de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la que aldabonó la legislación penal con los citados postulados,⁷³ abriendo la senda por la que discurrieron otras reformas del mismo año.⁷⁴

Ante este panorama legislativo un sector doctrinal ha venido a evidenciar los males y peligros que se pueden derivar de una legislación penal que sacrifica garantías en pro de la tolerancia cero contra el delito y que eleva los topes penológicos a unas cotas propias de tiempos pretéritos. Dentro de este movimiento doctrinal, que hay que subrayar que no es aceptado mayoritariamente,⁷⁵ se pueden reconocer, no obstante, distintas posiciones, agrupadas bajo una difusa bandera conocida con el nombre de minimalismo penal. Y es que, en efecto, bajo el «derecho penal mínimo» se engloban propuestas diversas cuyo denominador común es una vocación restrictiva del derecho penal, pero sin que exista una coincidencia total en cuanto al alcance exacto de las mismas. Así podríamos distinguir, por un lado, una postura radical representada por Alexandro Baratta y los autores aglutinados en torno a la Revista *Dei delitti e delle pene* en el que el punto de partida de la orientación minimizadora ha venido siendo la estimación de la radical injusticia e inutilidad de la pena, cuya función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes, recayendo fundamentalmente sobre las clases sociales más desfavorecidas. Desde una perspectiva más razonable, el llamado movimiento o escuela garantista (el garantismo penal) viene enarbolado por la obra de Luigi Ferrajoli,⁷⁶ para quien los términos *derecho penal mínimo*

favorecer, ofrecer transporte, medios de comunicación... a alguna de las personas que participan en las asociaciones indicadas en los artículos 270 y 270 bis del Código Penal italiano.

73 Sobre la misma, ampliamente, puede verse mi trabajo, TÉLLEZ AGUILERA 2003: 1 ss. También, FARALDO CABANA 2004: 299 ss. Especialmente crítico, particularmente en los aspectos penitenciarios de la misma, SANZ DELGADO 2004: 195 ss., quien llega a afirmar que con esta novela se han traído del pasado elementos innecesarios y extremadas medidas, calificando la reforma como una ofensiva para los principios y medios humanitaristas asentados durante decenios en la legislación penal y penitenciaria española.

No obstante hay que resaltar la existencia de rasgos del derecho penal del enemigo en las reformas en materia de terrorismo habidas anteriormente, muy especialmente a partir de la reforma operada en nuestro Código penal por la Ley Orgánica 7/2000. Al respecto, Ver CANCIO MELIÁ 2002: 19 ss.

74 Una visión general de las reformas penales habidas en España durante el año 2003 puede verse en: GONZÁLEZ CUSSAC 2003: 13 ss.; POLAINO NAVARRETE 2004; QUINTERO OLIVARES 2004; TÉLLEZ AGUILERA 2004: 30 ss.

75 Ver ROXIN 2000: 57 ss. y 89 ss.

76 Ferrajoli 1995.

y su contrapuesto *derecho penal máximo*, se configuran por referencia bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y calidad de las prohibiciones y penas establecidas. No se trata de una visión abolicionista del sistema sino contenedora del mismo, aportando, por ejemplo, penas de prisión nunca superiores a los once años de duración. Junto a ello, en los últimos años ha cobrado gran auge la denominada Escuela de Frankfurt, con el profesor Lüderssen a la cabeza. Orientados a la defensa de un modelo ultraliberal del derecho penal han venido proponiendo su restricción a lo que ellos llaman «un derecho penal básico» que tuviera por objeto únicamente las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que abogan por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidades y el proceso.⁷⁷

III. LÓGICA Y REALIDAD DE LA PENA CAPITAL: MUERTE A LA MUERTE O LA REVITALIZACIÓN DEL GRITO CARRARIANO

Como es fácilmente deducible, en un contexto ideológico como el descrito, caracterizado, como hemos visto, por un constante incremento del sentimiento de inseguridad ciudadana percibido por la ciudadanía⁷⁸ (desligado de una tasa delincuencia que se mantiene e incluso disminuye), la proliferación de voces favorables a un incremento punitivo que desborde la cadena perpetua y legitime la capital no ha de extrañar a nadie.

En este sentido han sido los Estados Unidos de Norteamérica el país que tradicionalmente más abiertamente se ha declarado partidario de la pena de muerte. Si se compara la actitud de los ciudadanos norteamericanos frente a la pena capital a lo largo de los últimos setenta años⁷⁹ se observará que el umbral más bajo de aceptación de esta modalidad punitiva se alcanzó en 1966, momento en el que el 42% de la población americana se declaraba a favor de la misma, el 47% en contra y el 11% no manifestaba su opinión. Sobre la explicación de este rechazo «relativamente importante» se ha dicho⁸⁰ que el mismo vino influido por el debate público internacional, en aquella época muy amplio y controvertido, sobre

77 Sus postulados pueden leerse en español en la obra colectiva, BARATA 2000.

78 Ampliamente al respecto, ver VV.AA. 2007: 28 ss., 120 ss. (abundante bibliografía al respecto en: 193 ss.).

79 En los estudios de opinión realizados por el Instituto Gallup (recordemos que en los Estados Unidos no existe organismo oficial semejante a nuestro Instituto Nacional de Estadística) la pregunta «¿está usted a favor de la pena de muerte para una persona condenada por asesinato?» se introdujo en las encuestas formuladas a partir del año 1936.

80 Kury/Brandestein 2006: 371.

el caso Cheesman,⁸¹ quien logró varios aplazamientos de la sentencia, se defendió con todos los medios contra la ejecución imbuyéndose en persona de numerosa bibliografía jurídica y criminológica especializada para poder defenderse mejor,⁸² pero que finalmente acabó ejecutado, si bien este «homicidio judicial», en palabras de Jiménez de Asúa⁸³ colocaría una semilla que germinaría con la conocida sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 29 de junio de 1972 en la que el Alto Tribunal americano se pronunciaría contra la pena de muerte tal y como en aquel momento se aplicaba (de forma discriminatoria y desigual) declarándola cruel, desmesurada y anticonstitucional por violar la Octava Enmienda de la Constitución estadounidense que, como sabemos, prohíbe las penas crueles y desacostumbradas.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad de los años ochenta y principios de los noventa la aceptación de la pena de muerte por la población americana superaba el 80%, porcentaje que en el año 2005 se ha situado en el 74%. Cabe destacar que, en promedio, entre 2001 y 2004, el 80% de los republicanos, el 65% de los independientes y el 58% de los demócratas apoyaban esta pena. El respaldo conservador era de un 74%, el de los moderados un 68% y el de los liberales un 54%, siendo mayor el apoyo prestado por varones (70% en 2003) que por mujeres (58%) y por blancos (67% en 2002) frente a no blancos (52%) y especialmente por los negros (39%).⁸⁴ El citado repunte de aceptación producido en los años noventa también se ha relacionado con la existencia de espectaculares hechos delictivos que coparon los medios de comunicación, como la muerte de 168 personas en el atentado perpetrado con bomba en Oklahoma City en 1995.⁸⁵ Y es que, como se ha demostrado en repetidas ocasiones, las actitudes sancionadoras están estrechamente ligadas a la reiterada argumentación que desde la tribuna política y los medios de comunicación se realiza respecto a la dura respuesta que ha de tener el delito,⁸⁶ lo que, curiosamente, contrasta con el paulatino descenso de la creencia de que la pena de muerte tiene efectos intimidatorios y preventivos. En 1985 el 62% de los estadounidenses lo creían así, y en 2004 solo el 35%.⁸⁷ Esto solo puede encontrar explicación en una peculiar concepción de la justicia

81 CHESSMAN 1958. Como ejemplo de la influencia del caso Chessman en la opinión pública baste citar: MARSHALL 1962; BLAKE 1960; SCOTT 1973; HERNÁNDEZ CASTANEDO 1960; CAMARERO 1960.

82 Ver por todos: TEETERS 1964: 405 ss.; BARNES, 1966: 91 ss.

83 JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, 1966: 187 ss.

84 Ver, ampliamente, CARROL en www.death-penaltyinfo.org

85 Ver KURY/BRANDESTAIN 2006: 374.

86 Ver, ampliamente, BECKETT/SASSON 2004.

87 Ver MOORE en www.death-penaltyinfo.org

de claros tintes *talionales* y ejemplificadores, así como en una mentalidad economicista que considera que el ahorro de dinero público que representa la pena de muerte frente a la reclusión perpetua es por sí mismo motivo suficiente para su justificación.⁸⁸

Pero la situación en la Europa continental, al menos de momento, no se puede utilizar como referencia⁸⁹ pues, pese a que el Viejo Continente, como hemos dicho, también ha sucumbido al punitivismo, existen diversos frenos que están sirviendo de diques de contención frente al desbordamiento de la pena capital.⁹⁰ Así, en Gran Bretaña, frente a la raigambre de la aceptación de la pena capital⁹¹ se ha observado en los últimos años una disminución de veinte puntos porcentuales;⁹² en Alemania los horrores del pasado sirvieron incluso para suavizar el régimen penal de la extinta República Democrática tras la unificación, y frente a la falta de una clara tendencia al respecto en Francia,⁹³ en España la larga tradición humanista que desde el siglo XIX inspira el régimen penal y penitenciario⁹⁴ y el recuerdo de las ejecuciones de presos políticos en la época de la dictadura militar conforman un subconsciente colectivo propicio al rechazo de una pena de muerte que ha encontrado acomodo en forma de proscripción en el texto constitucional.

No obstante ello el peligro de que la espiral punitivista nos lleve al puerto de la muerte penal no ha de desdeñarse. La Francia de hoy cuenta con un apoyo a la pena capital cercano al 50% y tras los execrables ataques terroristas sufridos en España (2004) y Gran Bretaña (2005) no ha sido difícil escuchar desgarradas voces clamando la pena capital. Hasta ahora el poder político se ha limitado a prometer duros incrementos en la duración de las penas de prisión y en el régimen de cumplimiento de las mismas, pero ¿se quedará ahí?

Para evitar que la línea roja de la pena de muerte sea traspasada por los diversos ordenamientos se hace preciso reconducir el debate sobre la aceptación de esta pena al plano de la razón, huyendo, por tanto, de la visceralidad. Se hace

88 En el período 1991-2003 entre un 11% y un 20% de los americanos encuestados eran partidarios de esta opinión.

89 Resaltando este dato, BROWN 2006: 288.

90 Ver ampliamente TATALOVICH 2003.

91 Cuando la pena de muerte es abolida a finales de los sesenta, la aceptación de esta modalidad punitiva se situaba en torno al 80% de los británicos. En los años siguientes, aproximadamente tres cuartas partes de la población era favorable a su reinstauración. Ver VV.AA (B. Jones ed.), *Political issues in Britain today*, ed. Manchester University Press, New York, 1994: 369.

92 En encuesta realizada en enero de 2006 por *The Daily Telegraph* el 43% de los encuestados se manifestó contrario a la reinstauración de la pena de muerte.

93 Ver FORST 1999: 109 ss.

94 Al respecto, de obligada consulta, SANZ DELGADO 2003.

necesario, por tanto, revitalizar el grito carrariano de «muerte a la muerte».⁹⁵ Y para ello nada mejor que volver a insistir en algo que ha venido siendo demostrado desde hace mucho tiempo,⁹⁶ y es que la tasa de delincuencia grave no se ve sustancialmente afectada por el hecho de que estos delitos sean castigados con la pena capital. De este modo, la pena de muerte constituye una forma inhumana y cruel de represión penal que, lejos de aportar alguna utilidad, tan solo abre la puerta a posibles situaciones de injusticia material en muchas ocasiones irreparables.

95 CARRARA 1957: 100 ss.

96 Por todos, SELLIN 1959: 34 ss, 62 ss.; del mismo autor, 1967: 124 ss., 135 ss., 146 ss., y 154 ss.