

**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales
Derecho Pcnal I (Parte General)**

**MATERIALES DE LECTURA IV
Teoría de la Pena**

**Profesor Luis Ortiz Quiroga
Ayudante Rafael Collado González
Periodo 2do semestre 2009**

Lecturas Obligatorias

1. César Bonesana Márqués de Beccaria, “Tratado de los Delitos y las Penas”, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, p. 87-126.
2. Foucault, Michel, “Vigilar y Castigar”, Editorial Siglo XXI, Argentina (2002), p.63-81
3. Cavise Leonard, “La pena de muerte en los Estados Unidos en los Albores del tercer milenio”, artículo perteneciente al libro “La Pena de Muerte en el umbral del tercer milenio” (Homenaje al Profesor Antonio Berstain), Madrid (1996), p. 49-74.
4. Cario, Robert, “El restablecimiento de la pena de muerte: Consideraciones de orden penológico y criminológico”, artículo perteneciente al libro “La Pena de Muerte en el umbral del tercer milenio” (Homenaje al Profesor Antonio Berstain), Madrid (1996), p. 169-192.

Lecturas Sugeridas

1. Matus, Jean Pierre, “La Pena de Muerte en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en libro Homenaje al profesor Dr. Marino Barbero Santos *in memoriam*, Ediciones de la Universidad de La Castilla – La Mancha, Cuenca (2001), p. 354-366.
2. Departamento de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, “25 años de la Ley 18.216, sistemas de medidas alternativas a la reclusión en Chile”, Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, N° 12, Santiago (2008), p. 51-87.
3. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile, respecto del proyecto de Ley que derogaría la Pena de Muerte, pasajes escogidos.

CESAR BONESANA
Marques de Beccaria

TRATADO DE
LOS DELITOS Y
DE LAS PENAS



Editorial Heliasta S.R.L.

dano? ¿Pretende, pues, la indemnidad del acusador? Luego las leyes no le defienden bastantemente; y serán de esta suerte los súbditos más fuertes que el Soberano. ¿La infamia del delator? Luego se autoriza la calumnia secreta, y se castiga la pública. ¿La naturaleza del delito? Si las acciones indiferentes, si aún las útiles al público se llaman delitos, las acusaciones y juicios nunca son bastante secretos. ¿Qué? ¿Puede haber delitos, esto es, ofensas públicas, y que al mismo tiempo no sea interés de todos la publicidad del ejemplo, fin único del juicio? Yo respeto todo gobierno y no hablo de alguno en particular. Tal es alguna vez la naturaleza de las circunstancias, que puede creerse como extrema ruina quitar un mal cuando es inherente al sistema de una nación; pero si hubiese de dictar nuevas leyes en algún ángulo del universo que estuviese abandonado, antes de autorizar esta costumbre me temblaría la mano, y se me pondría delante de los ojos la posteridad toda (m).

Es opinión del Sr. Montesquieu que las acusaciones públicas son más conformes al gobierno republicano, donde el bien público debe formar el primer cuidado de los ciudadanos que al monárquico, donde esta máxima es debilísima por su misma naturaleza, y donde es un excelente establecimiento destinar comisarios que en nombre público acusen a los infractores de las leyes. Pero así en el republicano como en el monárquico debe darse al calumniador la pena que tocaría al acusado.

CAPÍTULO XVI

DEL TORMENTO

Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por las contradicciones en que incurre, o por el descubri-

(m) "Si es del interés de las sociedades el que los delitos no queden impunes, debe serlo aun mucho más el que los inocentes no sean entregados a unos suplicios crueles, y el que no se hagan ejemplos en la persona de aquellos que no están expuestos a la corrección pública más porque se admiten contra ellos los horrores de la calumnia". (Heineccius, citado en las Observaciones de Pablo Rizzi, sobre el proceso criminal).

miento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o finalmente por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado.

Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fué concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza, será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema; o el delito es cierto o incierto; si cierto no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo: si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados. Pero yo añado que es querer confundir todas las relaciones pretender que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado (n), que el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable. Este es el medio seguro de absolver los robustos malvados, y condenar los flacos inocentes. Veis aquí los fatales inconvenientes de este pretendido juicio de verdad; pero juicio digno de un Canibal, que aún los bárbaros romanos por más de un título reservaban sólo a los esclavos, víctimas de una feroz demasiado loada virtud.

¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres. ¿Pero qué juicio deberemos nosotros hacer de las privadas y secretas carnicerías que la tiranía del uso epercita sobre los reos y sobre los inocentes? Es importante que todo delito público no quede sin castigo; pero es inútil que se acierte quien haya cometido un delito sepultado en las tinieblas. Un daño hecho, y que no tiene remedio, no puede ser castigado por la sociedad política sino cuando influye sobre los otros ciudadanos con la lisonja de la impunidad (o). Si es verdad que el número

(n) "Se debe tener por demente al hombre que a sí mismo se acusa de un crimen, porque solamente puede hacerlo por un exceso de furor, en un estado de embriaguez, por inadvertencia, por la fuerza del dolor o por temor de los tormentos. Nadie puede hablar contra sí, para perderse, a menos de no ser violentado." (Quintiliano en sus declam.)

(o) Si el autor hubiese dicho: "Un crimen no puede ser castigado sino para evitar que otros hombres cometan otros semejantes, o que el mismo hombre no cometa otros, "habría conocido él mismo el vicio de su razonamiento. Mientras que el autor de un vicio es

de los hombres respetuosos de las leyes, o por temor o por virtud, es mayor que el de los infractores, el riesgo de atormentar un solo inocente debe valuarse en tanto más cuanto es mayor la probabilidad en circunstancias iguales de que un hombre las haya más bien respetado que despreciado.

Otro ridículo motivo de la tortura es la purgación de la infamia. Esto es un hombre juzgado infame por las leyes debe para libertarse de esta infamia confirmar la verdad de su deposición con la dislocación de sus huesos. Este abuso no se debería tolerar en el siglo décimooctavo. Se cree que el dolor, siendo una sensación, purgue la infamia, que es una mera relación moral. Se dirá que acaso el dolor es un crisol. ¿Pero la infamia es acaso un cuerpo mixto impuro? No es difícil subir al origen de esta ley ridícula, porque los mismos absurdos, adoptados por una nación entera, tienen siempre alguna relación con otras ideas comunes y respetadas de la nación misma. Parece este uso tomado de las ideas religiosas y espirituales, que tienen tanta influencia sobre los pensamientos de los hombres, sobre las naciones y sobre los siglos. Un dogma infalible asegura que las manchas contraídas por la fragilidad humana, y que no han merecido la ira eterna del Supremo Ser, deben purgarse por un fuego incomprensible; pues siendo la infamia una mancha civil, así como el dolor y el fuego quitan las manchas espirituales, ¿por qué los dolores del tormento no quitarán la mancha civil, que es la infamia? Yo creo que la confesión del reo, que en algunos tribunales se requiere como esencial para la condenación, tenga un origen no desemejante; porque en el misterioso tribunal de la penitencia la confesión de los pecados es parte esencial del Sacramento. Veis aquí cómo los hombres abusan de las luces más seguras de la revelación; y así como éstas son las que sólo subsisten en los tiempos de la ignorancia, así a ellas recurre la humanidad dócil en todas las ocasiones, haciendo las aplicaciones más absurdas y disparatadas. Mas, la infamia es un dictamen no sujeto a las leyes ni a la razón, sino a la opinión común. La tortura misma ocasiona una infamia real a quien la padece; luego con este método se quitará la infamia causando la infamia.

ignorado, no es castigado; está libre y puede hacer de su libertad el mismo uso que antes ha hecho. Así pues, para impedir que vuelva a hacer mal es de toda utilidad el que sea descubierto." (Nota de Diderot).

El tercer motivo es el tormento que se da a los que se suponen reos cuando en su examen caen en contradicciones; como si el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, el aparato y la majestad del juez, la ignorancia común a casi todos los malvados y a los inocentes, no deban probablemente hacer caer en contradicción al inocente que teme, y al reo que procura cubrirse; como si las contradicciones comunes en los hombres cuando están tranquilos no deban multiplicarse en la turbación del ánimo todo embebido con el pensamiento de salvarse del inminente peligro.

Este infame crisol de la verdad es un monumento aun de la antigua y bárbara legislación cuando se llamaban *juicios* de Dios las pruebas del fuego y del agua hirviendo, y la incierta suerte de las armas. Como si los eslabones de la eterna cadena, que tiene su origen en el seno de la primera causa, debiesen a cada momento desordenarse y desenlazarse por frívolos establecimientos humanos (p). La diferencia que hay entre la tortura y el fuego y agua hirviendo, es sólo que el éxito de la primera, parece que depende de la voluntad del reo, y el de la segunda de lo extrínseco de un hecho puramente físico; pero esta diferencia es sólo aparente y no real. Tan poca libertad hay ahora entre los cordeles y dolores para decir la verdad, como había entonces para impedir sin fraude los efectos del fuego y del agua hirviendo. Todo acto de nuestra voluntad es siempre proporcionado a la fuerza de la impresión sensible, que es su manantial, y la sensibilidad de todo hombre es limitada (q); y así la impresión del dolor puede crecer a tal extremo, que ocupándola toda, no deje otra libertad al atormentado, que para escoger el camino más corto en el momento presente, y sustraerse de la pena. Entonces la respuesta del reo es tan necesaria

(p) He aquí la traducción literal de este pasaje que Voltaire hallaba demasiado metafísico:

"Este infame medio de descubrir la verdad, es un monumento de la bárbara legislación de nuestros padres, quienes honraban las pruebas del fuego, del agua hirviendo, y de la suerte dudosa de los combates, que llamaban *juicios de Dios*: como si los eslabones de esta cadena eterna, cuyo principio se halla en el seno de la divinidad, pudiesen desunirse y romperse a cada momento, a voluntad de los caprichos, y de las frívolas instituciones de los hombres".

(q) Sería mejor dicho: "La constancia, la paciencia, la fuerza del sufrimiento, la resistencia al dolor", y no la *sensibilidad*. "La sensibilidad de todo hombre es limitada", significa que existe un grado de sufrimiento, pasado el cual, el hombre es insensible; y precisamente no es esto lo que aquí ha querido dar a entender el autor. (Nota de Diderot).

como las impresiones del fuego y del agua. Entonces el inocente sensible se llamará reo si cree con esto hacer cesar el tormento. Toda diferencia entre ellos desaparece por aquel medio mismo que se pretende empleado para encontrarla. Es superfluo duplicar la luz de esta verdad citando los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron reos por los dolores de la tortura: no hay nación, no hay edad que no presente los suyos; pero ni los hombres se mudan ni sacan las consecuencias. No hay hombre, si ha girado más allá de las necesidades de la vida, que alguna vez no corra hacia la naturaleza, que con voces secretas y confusas lo llama a sí; pero el uso tirano de los entendimientos lo separa y espanta. El éxito, pues, de la tortura es un asunto de temperamento y de cálculo, que varía en cada hombre a proporción de su robustez y de su sensibilidad; tanto que con este método un matemático desatará mejor que un juez este problema. Determinada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de las fibras de un inocente, es fácil encontrar el grado del dolor que lo hará confesar reo de un delito supuesto.

El examen de un reo se hace para conocer la verdad; pero si ésta se descubre difícilmente en el aire, en el gesto y en la fisonomía de un hombre tranquilo, mucho menos se descubrirá en aquél a quien las convulsiones del dolor alteran, y hacen faltar todas las señales por donde, aunque a su pesar, sale al rostro de la mayor parte de los hombres la verdad misma. Toda acción violenta hace desaparecer las más pequeñas diferencias de los objetos, por las cuales algunas veces se distingue lo verdadero de lo falso.

Conocieron estas verdades los legisladores romanos, entre los que no se encuentra usada tortura alguna, sino en sólo los esclavos, a quienes estaba quitado todo derecho personal. Las ha conocido la Inglaterra, nación y reino donde la gloria de las letras, la superioridad del comercio y de las riquezas, y lo que a esto es consiguiente, el poder, los ejemplos de virtud y de valor no dejan dudar de la bondad de las leyes. La tortura ha sido abolida en Suecia: ha sido abolida de uno de los mayores y más sabios Monarcas de la Europa, que colocando sobre el trono la filosofía, legislador amigo de sus vasallos, los ha hecho iguales y libres en la dependencia de las leyes, que es la sola igualdad y libertad que pueden los hombres racionales pretender en las presentes combinaciones de las cosas. No han creído necesaria la tortura las leyes de los ejércitos, compuestas por la mayor parte de la hez de las naciones, y que por

esta razón parece debería servir en ellos más que en cualquiera otra sociedad. Cosa extraña para quien no considere cuán grande es la tiranía del uso que las leyes pacíficas deban aprender el más humano método de juzgar de los ánimos endurecidos a los estragos y a la sangre.

Esta verdad, finalmente, ha sido conocida de aquellos mismos que más se alejan de ella. No vale la confesión dictada durante la tortura si no se confirma con juramento después de haber cesado ésta; pero si el reo no confirma lo que allí dijo es atormentado de nuevo. Algunas naciones y algunos doctores no permiten esta infame repetición más que tres veces: otras naciones y otros doctores la dejan al arbitrio del juez; de manera, que puestos dos hombres igualmente inocentes, o igualmente reos, el robusto y esforzado será absuelto, y el flaco y tímido condenado en fuerza de este exacto raciocinio: "Yo, juez, debía encontraros reos de tal delito: tú, vigoroso, has sabido resistir al dolor, y por esto te absuelvo: tú, débil, has cedido, y por esto se condeno. Conozco que la confesión que te he arrancado entre la violencia de los tormentos no tendría fuerza alguna, pero yo te atormentaré de nuevo si no confirmas lo que has confesado." (r).

Una consecuencia extraña, que necesariamente se deriva del uso de la tortura, es, que el inocente se hace de peor condición que el reo; puesto que aplicados ambos al tormento, el primero tiene todas las combinaciones con-

(r) "Una mujer viuda del lugar de Ycci desapareció repentinamente, sin que desde entonces volviese a ser vista en ninguno de los lugares circunvecinos; la noticia corrió que algún malvado la había asesinado y enterrado su cadáver en algún paraje oculto, para que su crimen fuese más ignorado. El juez criminal de la provincia mandó hacer las pesquisas. Sus agentes descubrieron, por casualidad, a un hombre escondido entre unas malezas, que les pareció estaba como asustado y temeroso; prendieronle, y con la sola sospecha de que era el autor del crimen, fué denunciado a la presidencia provincial. Este desgraciado manifestó sufrir el tormento con valor; pero, probablemente por un efecto de desesperación, o tal vez cansado de vivir, concluyó por declararse reo. Por sola su declaración, sin más pruebas, fué sentenciado a muerte y ejecutado. Dos años después de esta ejecución, la mujer que creían muerta, y que no estaba sino ausente, volvió al lugar. La voz pública se elevó contra los jueces. Habían condenado al acusado (como sucede con frecuencia), sin haber antes hecho constar el homicidio". (Annæus Robert, *Recopilación de sentencias, citado en las observaciones de Pablo Rizzi, sobre el proceso criminal*).

"En los crímenes capitales, si no hay otras pruebas, la sola confesión de un acusado no basta para condenarle, porque pudiera muy bien acontecer que la confesión procediese de turbación o desesperación". (Domat. *Leyes civiles, etc.* Lib. III, sec. 5).

trarias; porque, o confiesa el delito, y es condenado, o lo niega, y declarado inocente ha sufrido una pena que no debía; pero el reo tiene un caso favorable para sí; éste es, cuando resistiendo a la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente; pues así ha cambiado una pena mayor por una menor. Luego el inocente siempre debe perder, y el culpado puede ganar.

La ley que manda la tortura es una ley que dice: "Hombres, resistid al dolor; y si la naturaleza ha criado en vosotros un inextinguible amor propio; y si os ha dado un derecho inajenable para vuestra defensa; yo creo en vosotros afecto todo contrario; este es, un odio heroico de vosotros mismos, y os mando que os acuséis, diciendo la verdad aún entre el desenlazamiento de los músculos y dislocaciones de los huesos."

Se da la tortura para descubrir si el reo lo es de otros delitos fuera de aquellos sobre que se le acusa, cuyo hecho equivale a este raciocinio: "Tú eres reo de un delito: luego es posible que lo seas de otros ciento. Esta duda me oprime, y quiero salir de ella con mi criterio de la verdad; las leyes te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo, porque yo quiero que tú seas reo."

Finalmente, la tortura se da a un acusado para descubrir los cómplices de su delito (s); pero si está demostrado que ésta no es un medio oportuno para descubrir la verdad, ¿cómo podrá servir para averiguar los cómplices, que es una de las verdades de cuyo descubrimiento se trata? Como si el hombre que se acusa a sí mismo no acusase más fácilmente a los otros. ¿Es acaso justo atormentar los hombres por el delito de otros? ¿No se descubrirán los cómplices del examen del reo de las pruebas y cuerpo del delito, del examen de los testigos, y en suma, de todos aquellos mismos medios que deben servir para

(s) El autor no debe disimularse de que está aquí lo más fuerte de la dificultad, y la parte débil de su respuesta. Se da tormento a un acusado, para descubrir sus cómplices, y es cierto de que todos los días se descubren por este medio cruel. Todo el mundo aborrece el tormento antes de la convicción del crimen; pero en un criminal se necesita a más este tormento para arrancarle, además de la confesión de sus cómplices y el medio de cogerlos, la indicación de las pruebas para convencerlos. La pena del crimen está justificada por la necesidad de evitar otros: luego si el crimen es de naturaleza a que se le pueda suponer cómplices, como los robos y asesinatos cometidos por atropellamiento, y que, ni los testigos ni las pruebas bastan para desenredar el hilo de la complicidad, el tormento será justo como otra cualquiera pena y por la misma razón. (Nota de Diderot).

certificar el delito en el acusado? Los cómplices por lo común huyen inmediatamente después de la prisión del compañero: la incertidumbre de su suerte los condena por sí sola al destierro; y libra a la nación del peligro de nuevas ofensas, mientras tanto la pena del reo, que está en su fuerza, obtiene el fin que procura; esto es, separar con el terror los otros hombres de semejante delito (t).

SUPLEMENTO AL CAPÍTULO XVI

DEL SECRETO

"Este título nos transporta a otro siglo, y escribo en el décimonono.

"La jurisprudencia criminal distinguía en otro tiempo dos especies de tormento: El uno llamado *preparatorio*, cuando no existían suficientes pruebas contra un reo acusado de un delito digno de muerte, que fué suprimido por la declaración del 24 de agosto de 1780. Y el segundo, llamado *previo*, se aplicaba después de la sentencia de muerte y antes de su ejecución, a fin de obtener la revelación de los cómplices; conservóse éste, y se derogó por la ley de 9 de octubre de 1789, porque una nación que renovaba su legislación, no podía dejar subsistir una tan bárbara institución.

"Podría extenderme sobre la explicación de los tormentos que se daban. . . . Pero con Montesquieu, oigo el grito de la naturaleza que clama contra mí.

"No hablemos pues de lo que ya no existe; y harto es el tener que ocuparnos en lo que existe. — Está suprimido el tormento; ésto es lo que nuestra legislación proclama. — Sin embargo, la necesidad de obtener algunas declara-

(t) ¡Cuán débil es esta razón! Huyen de un bosque a otro. Pasan de una ciudad a otra; ¿pero se destierran del Estado? Y aun cuando se desterrasen, ¿la humanidad para con un culpable debe ser antepuesta al cuidado de limpiar los puebllos de los salteadores de los caminos, y de los asesinos que se envían a ellos por una falsa compasión? Considérese que unos cuantos minutos de tormento que se haga padecer a un malvado (convicto), pueden salvar la vida a cien inocentes que van a perecer entre las manos de sus cómplices, y el tormento parecerá (entonces) un acto de humanidad. (Nota de Diderot). Pero Diderot se ha engañado. La supresión del tormento ha convencido de su inutilidad; y Beccaria, suprimiendo los suplicios crueles, ha hecho desaparecer, en cierto modo, los grandes malvados.

Otro principio sirve admirablemente para estrechar más y más la importante conexión entre el delito y la pena; éste es que sea ella conforme cuanto se pueda a la naturaleza del mismo delito. Esta analogía facilita maravillosamente el choque que debe haber entre los estímulos que impelan al delito y la repercusión de la pena: quiero decir, que ésta separe y conduzca el ánimo a un fin opuesto de aquél por donde procura encaminarlo la idea que seduce para la infracción de las leyes.

CAPÍTULO XX

VIOLENCIAS

Unos atentados son contra la persona, otros contra la sustancia. Los primeros deben ser castigados infaliblemente con penas corporales. Ni el grande ni el rico deben satisfacer por precio los atentados contra el flaco y el pobre; de otra manera las riquezas que bajo la tutela de las leyes son el premio de la industria, se vuelven alimento de la tiranía. No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser *persona*, y se repunte como *cosa*. Veréis entonces la industria del poderoso cavilosamente entregada en hacer salir del tropel de combinaciones civiles aquellas que las leyes determinan en su favor. Este descubrimiento es el secreto mágico que cambia los ciudadanos en animales de servicio; que en mano del fuerte es la cadena que liga las acciones de los incautos y de los desvalidos. Esta es la razón porque en algunos gobiernos que tienen toda la apariencia de libertad está la tiranía escondida, o se introduce en cualquier ángulo descuidado del legislador, donde insensiblemente toma fuerza y se engrandece. Los hombres por lo común oponen las más fuertes compuertas a la tiranía descubierta;

u ocho meses que está privado de su libertad, después de haber sufrido en este intervalo todos los horrores de la prisión, el infortunado es conducido en fin delante del juez que, sobre sus interrogatorios, le declara perfectamente inocente. ¿Qué resulta de esto? A la verdad, su reputación queda restablecida, pero su salud nunca lo estará; puede ser también que haya perdido para siempre los medios de ganar su vida, y que encuentre a su desgraciada familia en alguna casa de misericordia, en donde la vergüenza y la miseria la han obligado a refugiarse". (Mirabeau, *Observaciones sobre Bicêtre*).

pero no ven el insecto imperceptible que las carcome, y abre al río inundador un camino tanto más seguro cuanto más oculto.

CAPÍTULO XXI

PENAS DE LOS NOBLES

¿Cuáles serán, pues, las penas de los nobles, cuyos privilegios forman gran parte de las leyes de las naciones? Yo no examinaré aquí si esta distinción hereditaria entre los nobles y plebeyos sea útil en el gobierno o necesaria en la Monarquía. Tampoco examinaré si es verdad que forma un poder intermedio que limita los excesos de ambos extremos, o más bien una congregación, que esclava de sí misma y de otros, cierra todo giro de crédito y de esperanza en un círculo estrechísimo, semejante a las islillas amenas y féculdas que sobresalen en los vastos y arenosos desiertos de la Arabia; y que cuando sea verdad ser la desigualdad inevitable o útil en la sociedad lo sea también que deba consistir más bien en las compañías que en los individuos; afirmarse en una parte más bien que circular por todo el cuerpo político; perpetuarse más bien que nacer y destruirse incesantemente. Me limitaré sólo a las penas con que se debe castigar esta clase, afirmando ser las mismas para el primero que para el último ciudadano. Toda distinción, sea en los honores, sea en las riquezas, para que se tenga por legítima, supone una anterior igualdad fundada sobre las leyes que consideran todos los súbditos como igualmente dependientes de ellas. Se debe suponer que los hombres renunciando su propio y natural despotismo, dijeron: *quien fuere más industrioso, tenga mayores honores, y su fama resplandezca en sus sucesores, pero por más feliz y más honrado que sea espere más, y no tema menos que los otros violar aquellos pactos con que fué elevado sobre ellos*. Es verdad que tales decretos no se hicieron en una dieta del género humano; pero existen en las relaciones inmutables de las cosas: no destruyen las ventajas que se suponen producidas de la nobleza, e impiden sus inconvenientes: hacen formidables las leyes, cerrando todo camino a la impunidad. Al que dijese que la misma pena dada al noble y al plebeyo no es realmente la misma por la diversidad de la educación y por la infamia que se extiende a una

familia ilustre, responderé que la sensibilidad del reo no es la medida de las penas sino el daño público, tanto mayor cuanto es causado por quien está más favorecido; que la igualdad de las penas no puede ser sino extrínseca, siendo realmente diversa en cada individuo; que la infamia de una familia puede desvanecerse por el Soberano con demostraciones públicas de benevolencia en la inocente parentela del reo. ¿Y quién ignora que las formalidades sensibles tienen lugar de razones en el pueblo crédulo y admirador?

CAPÍTULO XXII

HURTOS

Los hurtos, que no tienen unida violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien procura enriquecerse de lo ajeno debiera ser empobrecido de lo propio. Pero como ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación, cometido por aquella parte infeliz de hombres, a quien el derecho de propiedad (terrible, y acaso no necesario) ha dejado sólo la desnuda existencia; y tal vez las penas pecuniarias aumentarían el número de los reos conforme creciese el de los necesitados, quitando el pan a una familia inocente para darlo a los malvados; la pena más oportuna será aquella única suerte de esclavitud que se pueda llamar justa, esto es, la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo para resarcirla con la propia y perfecta dependencia del injusto despotismo usurpado contra el pacto social. Pero cuando el hurto está mixto con violencia la pena debe ser igualmente mixta de corporal y servil. Otros escritores antes que yo han demostrado el evidente desorden que nace cuando no se distinguen las penas que se imponen por hurtos violentos, de las que se imponen por hurtos dolosos, igualando con absurdo una gruesa cantidad de dinero a la vida de un hombre; pero nunca es superfluo repetir lo que casi nunca se ha puesto en práctica. Las máquinas políticas conservan más que cualquiera otras el movimiento que reciben, y son las más difíciles en adquirir otro nuevo. Estos son delitos de diferente naturaleza; y es ciertísimo, aun en la política, aquel axioma de matemática, que entre las cantidades heterogéneas hay una distancia infinita que las separa.

SUPLEMENTO AL CAPÍTULO XXII

Reflexiones sobre unas memorias inglesas, intituladas: Pensamientos sobre la Justicia Criminal; y sobre otras publicadas en Francia, con el título de Observaciones sobre el robo.

Por BENJAMÍN FRANKLIN.

Estas dos obritas son para los magistrados, a quienes se dedican; pero están escritas en un espíritu muy diferente. El inglés quiere que todos los ladrones sean indistintamente ahorcados; y el francés pide que las penas sean proporcionadas a los delitos.

Si, como hacemos profesión de creerlo, pensamos realmente que la ley de Moisés es la de Dios, y la miramos como la sabiduría divina, infinitamente superior a la humana, ¿sobre qué principios infligiremos la pena de muerte por un delito que, en conformidad a esta ley, no debe ser castigado más que por la restitución del cuádruplo? El condenar alguno a muerte por un crimen que no la merece, ¿no es cometer un verdadero asesinato? y, como lo dice el escritor francés, ¿se debe castigar un delito contra la sociedad, con un crimen contra la naturaleza?

La sociedad es la que ha creado lo superfluo, y así es que unas leyes simples y suaves bastarían para garantizar lo absoluto necesario. Sin ninguna clase de ley, y por el solo temor de represalia, el salvaje disfruta en paz de su arco, de su hacha y de su vestido de pieles.

Cuando en virtud de las primeras leyes, la sociedad llegó a ser rica y poderosa, esta desigualdad necesitó unas leyes más severas, y las propiedades fueron protegidas a expensas de la humanidad. Estos son los principios del abuso de los poderes y de la tiranía. Si le hubiesen dicho al salvaje, antes de que entrase en la sociedad: "Acaso vuestro vecino llegará a ser poseedor de un centenar de gamos; pero si vuestro hermano, vuestro hijo, o vos mismo, no siéndolo de nada, y estimulados por la hambre, os atrevieseis a matar uno solo de estos animales, una muerte infame será la consecuencia de semejante acción"; es probable de que el salvaje hubiese preferido la libertad

natural, y el derecho común de matar los gamos, a todas las ventajas que la sociedad hubiera podido ofrecerle.

Leo en los últimos papeles de Londres que una mujer está condenada a muerte en *l'Old Bailey*, por haber robado en una tienda, catorce chelines y tres pences de gasa: entonces ¿qué proporción guarda el daño hecho por robar catorce chelines, con el suplicio de una desgraciada criatura que expira en la horca? ¿No hubiera podido, con su trabajo, pagar el cuádruplo de esta cantidad, y por este medio, satisfacer a la expiación exigida por la ley de Dios? Además el infligir una pena desproporcionada al delito ¿no es lo mismo que castigar a un inocente? Y considerando bien las cosas bajo este punto de vista, ¿cuántas veces, todos los años, la inocencia, no sólo es castigada, pero también atormentada en casi todos los Estados civilizados de la Europa?

Pero parece que se ha convenido de que esta especie de inocencia debe de ser castigada, a fin de precaver el crimen. En efecto, he leído que un cruel Barbarisco, tenía por costumbre, siempre que compraba un nuevo esclavo cristiano, de hacerle aplicar inmediatamente cien palos en las palmas de los pies, a fin de que el recuerdo de este tratamiento, y el temor de incurrir en él en lo sucesivo, le impidiesen de cometer las faltas que podrían hacer que lo mereciese.

El autor de los *pensamientos* tendría pena, sin duda, en aprobar enteramente la conducta de este turco en un gobierno de esclavos; sin embargo, ¿no parece que recomienda la observancia de semejante régimen para los vasallos británicos, aplaudiendo la respuesta del juez Burnet? — Preguntando éste a un preso convicto de robo de caballos, si no tenía alguna cosa que decir que pudiese salvarle de la muerte, el reo le respondió, que parecía muy duro el que se ahorcase a un hombre por haber robado *solamente* un caballo: “Tampoco, le dijo el juez, es por haber robado *solamente* un caballo que se te ahorca; pero sí, a fin de que los caballos no sean robados.”

Los que conocen la Europa en general, dicen que se cometen y castigan anualmente más robos en Inglaterra, que en todas las otras naciones europeas tomadas colectivamente. Si esto es verdad, debe haber una o muchas causas de esta depravación en nuestro pueblo. ¿Serían acaso esta injusticia y esta inmoralidad de nuestro gobierno nacional, que se manifiestan en nuestra conducta opresiva

para con nuestros vasallos, y nuestras guerras injustas contra nuestros vecinos?

Véanse las grandes injusticias de la Inglaterra en el interior, los monopolios que tanto tiempo ha ejercido sobre la Irlanda, el gobierno opresivo y cohechador de sus mercaderes en las Indias, sus guerras despojadoras para con sus colonias americanas; y para no mentar las que ha suscitado a la Francia y a la España, examínese bien la última con la Holanda, mirada por toda la Europa imparcial como una guerra de rapiña y de pillaje, en la cual, como los ingleses acaso lo eran en efecto, no parecían sostenidos ni animados más que por la esperanza de un inmenso botín. La justicia se debe tan estrictamente entre naciones como entre ciudades vecinas. Un ladrón de caminos, que comete robos con gente armada, es tan ladrón como cuando roba solo, y una nación que declara una guerra injusta, no es otra cosa más que una gran banda de ellos. Cuando hayáis empleado vuestro pueblo en pillar a los holandeses, y que la paz haya puesto un término a estos desordenes ¿será extraño acaso que continúe en el mismo oficio en su país, robándose los unos a los otros? Por todas partes en donde los ingleses se establecen, sea en sus territorios, o bien lejos de ellos, la piratería, como dicen los franceses, o si se quiere el oficio de armador, es su único objeto. Se pretende que en la última guerra no bajaron los armamentos a menos de setecientos. Estos fueron hechos por negociantes ingleses, sólo para robar a otros negociantes que nunca les habían hecho el menor mal. ¿Y es probable de que hubiese uno solo de estos armadores, tan listos para desvalijar los mercaderes de Amsterdam, que no habría hecho la misma operación con su vecino de Londres, si hubiese podido lisonjearse de hacerlo con la misma impunidad?

La codicia es la misma, siempre es el *alieni appetens*; y no hay más que el temor y el riesgo de ir a la horca que los diferencia. ¿Cómo, pues, una nación que cuenta tantos ladrones por inclinación entre sus ciudadanos los más honrados, y a quienes el gobierno protege y da comisiones a setecientas bandas para que roben, como una tal nación tiene la desvergüenza de condenar este crimen en los individuos, haciendo que en una mañana se ahorquen a una veintena de ellos? Esto recuerda una anécdota de Newgate. Un preso se quejaba de que por la noche, alguien se había apoderado de las hebillas de sus zapatos: “¿Qué diablos!, dijo otro, ¿pues que no habría acaso algún ladrón entre nosotros? No es menester sufrirlo: pongámonos a hacer las pesqui-

sas como la de los ladrones, y si lo encontramos, es preciso matarlo."

Con todo, se ha visto últimamente en Inglaterra el ejemplo de no querer un negociante aprovecharse de sus bienes mal adquiridos. Estaba interesado en un buque que los otros propietarios creyeron propio para la piratería, y que hizo parte de las presas sobre los franceses. Así que la repartición del botín fué hecha, el negociante de quien hablo mandó poner en la gaceta un aviso para todos los que habían experimentado alguna pérdida, con el fin de devolverles la parte que le tocaba. Este hombre honrado era un cuáquero. Los sectarios escoceses tuvieron otras veces la misma delicadeza; pues existe aún una ordenanza del consejo de la ciudad de Edimburgo, hecha poco tiempo después de la reforma, que prohíbe "el comprar géneros de presa, so pena de perder los derechos de vecindad, y bajo tal otra que el magistrado tuviese a bien de ordenar, pues que el uso de las presas era contrario a las leyes de la conciencia, que nos manda tratar a nuestros hermanos cristianos como desearíamos ser tratados nosotros mismos; por consiguiente esta clase de géneros no puede ser vendida en esta ciudad por ningún hombre piadoso." La raza de estos hombres se ha extinguido probablemente en Escocia, o sin duda después han abandonado sus principios; bien que se presume, y es muy dable, que la esperanza en las presas y confiscaciones ha sido el móvil principal para que esta nación tomase parte en la guerra contra las colonias.

Generalmente se ha creído durante algún tiempo de que un militar debía ejecutar las órdenes que se le daban, sin informarse de si la guerra era justa o injusta. Todos los príncipes que se sienten algo inclinados hacia la tiranía, deben de apoyar sin duda esta opinión y hacer cuanto puedan para restablecerla; pero ¿no es de una consecuencia muy peligrosa, pues que sentado este principio, si el tirano manda a su ejército atacar y destruir, no digo yo a una nación vecina que no le habrá hecho ningún mal, pero aun a sus propios vasallos, el que sea preciso que obedezca? Un esclavo negro, en nuestras colonias, a quien su amo manda que mate o robe a su vecino, u otra mala acción cualquiera, puede rehusarle la obediencia, y el magistrado le protege. Luego, la esclavitud del soldado es peor que la del negro. El oficial honrado, que no teme que su dimisión se atribuya a otra causa, puede darla antes de servir en una guerra injusta; pero los simples soldados, esclavos por

toda la vida, están, puede ser, en la imposibilidad de juzgar por ellos mismos si la causa que defienden es justa o ilegítima: no podemos menos que compadecernos de su suerte, y aun más de la del marinero, a quien muchas veces se le obliga a dejar una ocupación honrosa, para ir a manchar sus manos en la sangre, tal vez, de un inocente; pero me parece que unos negociantes libres de esta violencia, de esta obligación forzada, y a quienes la educación ha dotado de mayores luces, me parece, digo, que sería necesario que semejantes hombres examinasen a fondo si la guerra es justa, antes de reclutar un gran número de pícaros, con el objeto de enviarlos a atacar a sus compañeros los negociantes de una nación vecina, despojarles de sus bienes, arruinarles, acaso, hasta con sus familias si los abandonan, o herirles, estropearles y destrozarles si procuran defenderlos. Esto es sin embargo lo que practican los negociantes cristianos, que la guerra sea justa o no lo sea; aunque es muy difícil el que la justicia asista a un mismo tiempo a ambos lados. Esta es la costumbre de los negociantes ingleses y americanos, quienes no obstante se quejan de un robo pático, y hacen ahorcar por docenas a los que no han hecho más que seguir su ejemplo. Ya es más que tiempo de que, en consideración a la humanidad, se ponga un término a esta infamia. Los Estados Unidos de la América, aunque mejor situados que ninguna nación europea para sacar partido de la piratería, pues que la mayor parte de los navíos mercantes destinados para las Indias pasan por delante de sus puertas, hacen todo lo posible, y ponen cuanto está en su poder para abolir esta perniciosa costumbre, insertando hasta en sus tratados con las otras potencias que, en caso de guerra, ninguna de las partes hostiles podrá dar privilegios de armamentos, y que los navíos mercantes pertenecientes a ambas, que no estén armados, podrán continuar su viaje sin el más leve temor de ser mutuamente molestados. Esta mejora tan feliz y ventajosa para el derecho de gentes, no puede sino estimular el vivo deseo de que se extienda por todas las naciones.

CAPÍTULO XXIII

INFAMIA (z)

Las injurias personales y contrarias al honor, esto es, a la justa porción de sufragios que un ciudadano puede exigir con derecho de los otros, deben ser castigadas con la infamia. Esta infamia es una señal de la desaprobación pública, que priva al reo de los votos públicos, de la confianza de la patria, y de aquella como fraternidad que la sociedad inspira. No depende ésta sola de la ley. Es, pues, necesario que la infamia de la ley sea la misma que aquella que nace de las relaciones de las cosas: la misma que resulta de la moral universal o de la particular, que depende de los sistemas particulares, legisladores de las opiniones vulgares, y de aquella tal nación que inspiran. Si la una es diferente de la otra, o la ley pierde la veneración pública, o las ideas de la moral y de la probidad de desvanecen con menosprecio de las declamaciones, que jamás resisten a los ejemplos. Quien declara por infames acciones de suyo indiferentes, disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales. Las penas de infamia ni deben ser muy frecuentes ni recaer sobre un gran número de personas a un tiempo. No lo primero, porque los efectos reales de las cosas de opinión siendo demasiado continuos debilitan la fuerza de la opinión misma. No lo segundo, porque la infamia de muchos se resuelve en no ser infame ninguno.

Las penas corporales y dolorosas no deben imponerse sobre delitos que, fundados en el orgullo, consiguen en el dolor mismo gloria y alimento. Conviene a éstos la ridiculez y la infamia, penas que enfrentan el orgullo de los fanáticos con el orgullo de los espectadores, y de cuya tenacidad apenas con lentos y obstinados esfuerzos se libra la verdad misma. De este modo, oponiendo fuerzas a fuerzas, y opiniones a opiniones, romperá el sabio legislador la admiración y sorpresa ocasionada en el pueblo por un falso

(z) Desearía que el autor hubiera hecho conocer la imprudencia que se comete de infamar al hombre, y al mismo tiempo dejarle libre. Este método absurdo, llena nuestros bosques de asesinos. (Nota de Diderot). Es inútil el añadir que estas cosas han cambiado un poco.

principio, cuyas consecuencias bien deducidas suelen ayudar en el vulgo sus absurdos originarios.

He aquí un modo de no confundir las relaciones y la naturaleza invariable de las cosas, que no siendo limitada del tiempo y obrando incesantemente, confunde y desenvuelve todas las reglas limitadas que de ella se separan. No son sólo las artes de gusto y de placer quien tiene por principio universal la imitación de la naturaleza, la misma política, o a lo menos la verdadera y durable, está sujeta a esta máxima general; pues no es ella otra cosa que el arte de más bien dirigir a un mismo centro las máximas inmutables de los hombres.

CAPÍTULO XXIV

OCIOSOS

El que turba la tranquilidad pública, el que no obedece a las leyes, esto es, a las condiciones con que los hombres se sufren y se defienden recíprocamente, debe ser excluido de la sociedad, quiero decir, desterrado de ella. Esta es la razón por que los gobiernos sabios no consienten en el seno del trabajo y de la industria aquel género de ocio político que los austeros declamadores confunden con el ocio que proviene de las riquezas bien adquiridas. Ocio que es útil y necesario a medida que la sociedad se dilata y la administración se estrecha. Llamo ocio político aquel que no contribuye a la sociedad ni con el trabajo ni con la riqueza; que adquiere, sin perder nunca, que venerado del vulgo con estúpida admiración, mirado por el sabio con compasión desdeñosa, en fuerza de las víctimas que le sirven de alimento; que estando privado del estímulo de la vida activa, cuya alma es la necesidad de guardar o aumentar las comodidades de la misma vida, deja a las pasiones de opinión (que no son las menos fuertes) toda su energía. ¿No es ocioso políticamente quien goza el fruto de los vicios o de las virtudes de sus mayores, y vende por placeres actuales el pan y la existencia a la industriosa pobreza, que ejercita en paz la tácita guerra de industria con la opulencia en lugar de la incierta y sanguinaria con la fuerza? Por esto deben las leyes definir cuál ocio es digno de castigo, no la austera y limitada virtud de algunos censores.

Quando es un ciudadano acusado de un atroz delito no concurre la certidumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo cometido, parece debería decretarse contra él la pena de destierro; mas para determinarlo así es necesario un estatuto, el menos arbitrario y el más preciso que sea posible, el cual condene a esta pena la persona del que ha puesto a la nación en la fatal alternativa de temerlo o de defenderlo; pero siempre reservándole el sagrado derecho de probar su inocencia. Mayores deben ser los motivos contra un nacional que contra un forastero, contra un sospechado por la primera vez, que contra el que lo haya sido otras (aa).

CAPÍTULO XXV

DESTIERROS Y CONFISCACIONES

¿Pero el que es desterrado y excluido para siempre de la sociedad de que era miembro deberá ser privado de sus bienes? Esta cuestión puede considerarse con diversos aspectos. Perder los bienes es una pena mayor que la del destierro; luego con proporción a los delitos debe haber casos por donde se incurra en perdimiento de todos o parte de los bienes y casos en que no. El perdimiento de todos debiera verificarse cuando el destierro decretado por la ley fuese tal que anonade todas las relaciones que existen entre la sociedad y un ciudadano reo. Muere entonces el ciudadano y queda el hombre; y en el cuerpo político debe producir el mismo efecto que la muerte natural. Pa-

(aa) "Se ve con frecuencia un ciudadano que rehusa a la sociedad el tributo de sus fuerzas o de su industria; un hombre ocioso empieza a ser un malvado. Se asemeja a los licores que se corrompen reposando, destruyen pronto el vaso que los contiene, y es menester o arrojarlos al momento, o hacerlos fermentar de nuevo. —El hombre público, si es vigilante, no dará tiempo a que la ociosidad pueda cambiarse en vicio. Pidiéndole cuenta de su inacción, le cortará de una vez el camino del crimen; hará sentir al ciudadano ocioso que habiendo llegado a ser sospechoso, es medio criminal, y que en lo venidero, víctima entregada a la justicia, todas sus acciones serán continuamente espiadas. ¿Qué será la ociosidad para aquel a quien se quita toda esperanza de hacer mal? O se corregirá, o estará obligado a abandonar una tierra que solamente nutre a aquellos que la fructifican". (Servan, *Discurso sobre la Administración de la Justicia Criminal*).

recía, pues, que los bienes quitados al reo debieran tocar a sus legítimos sucesores más bien que al príncipe; puesto que la muerte y semejante destierro son lo mismo respecto del propio cuerpo político. Pero me fundo en esta sutileza para atreverme a desaprobare las confiscaciones de los bienes. Si algunos han sostenido que éstas sirven de freno a las venganzas y prepotencias privadas, no reflexionan que aun cuando las penas produzcan un bien, no por esto son siempre justas, porque para ser tales deben ser necesarias; y una injusticia útil no puede ser tolerada de un legislador, que quiere cerrar todas las puertas a la tiranía vigilante, que lisonjea con el bien de un momento y con la felicidad de algunos personajes esclarecidos, despreciando el exterminio futuro y las lágrimas de infinitos oscuros. Las confiscaciones ponen precio a las cabezas de los flacos; hacen sufrir al inocente la pena del reo, y conducen los inocentes mismos a la desesperada necesidad de cometer los delitos. ¡Qué espectáculo más triste que una familia despeñada en el abismo de la miseria y de la infamia por los delitos de una cabeza, a quien la sumisión ordenada por las leyes sería impedimento que prohibiese el estorbarlos, aun cuando hubiese medios de ejecutarlo! (bb)

CAPÍTULO XXVI

DEL ESPIRITU DE FAMILIA

Estas injusticias autorizadas y repetidas fueron aprobadas de los hombres aun más iluminados, y ejercitadas en las repúblicas más libres por haber considerado la sociedad no como unión de hombres sino como unión de familias. Supongamos cien mil hombres o veinte mil familias, que cada una se componga de cinco personas, comprendida

(bb) Confiscaciones por crímenes: atrocidad, estímulo en los jueces para que hallen culpables, sobre todo en la multitud codiciosa y pobre, de los jueces subalternos.

Otra atrocidad: y es que si sucede de que el hombre sea inocente, pero que haya estado detenido en las cárceles, su crédito y su fortuna se han perdido, y su comercio trastornado. Algunas veces ha salido estropeado por resultados de la cuestión, o tormento; su salud está alterada, y él enviado sin indemnización de sus pérdidas. La ley coge todo al culpable, pero nada restituye al inocente. Dichoso aquel que puede escaparla. (Nota inédita de Diderot).

su cabeza que la representa. Si la sociedad está constituida por familias, habrá veinte mil hombres y ochenta mil esclavos; si lo está por hombres, no habrá esclavo alguno, y así cien mil ciudadanos. En el primer caso habrá una república y veinte mil pequeñas monarquías que la componen; en el segundo, el espíritu republicano no sólo respirará en las plazas y juntas públicas de la nación, sino también entre las paredes domésticas, donde se encierra gran parte de la felicidad o de la miseria de los hombres. En el primer caso, como las leyes y las costumbres son el efecto de los principios habituales de los miembros de la república o de sus cabezas de familia, el espíritu monárquico se introducirá poco a poco en la república misma, y sus efectos en tanto se mantendrán sujetos, en cuanto medien los intereses opuestos de cada uno; pero no por un dictamen que respire igualdad y libertad. El espíritu de familia es un espíritu de pormenor y limitado a cortos hechos: el regulador de las repúblicas, dueño de los principios generales, ve los hechos y los distribuye en las principales clases, e importantes al bien de la mayor parte. En la república de familias los hijos permanecen en la potestad del padre en cuanto vive, y están obligados a esperar por sólo el medio de su muerte la existencia que dependa únicamente de las leyes. Acostumbrados a temer y rogar en la edad más sazónada y vigorosa, cuando los dictámenes están menos modificados por aquel temor de experiencia, que se llama moderación, ¿cómo resistirán a los estorbos que el vicio opone siempre a la virtud en la edad cansada y descaecida, en que, la ninguna esperanza de ver los frutos se opone a vigorosas mutaciones?

Quando la república es de hombres, la familia no es una subordinación del mando, sino de contrato; y los hijos, al tiempo que la edad los saca de la dependencia de naturaleza por su flaqueza, necesidad de educación y defensa, vienen a ser miembros libres de la ciudad y se sujetan al cabeza de familia por participar sus ventajas como los hombres libres en las grandes sociedades. En el primer caso, los hijos, esto es, la más grande parte y la más útil de la nación, están a la discreción de los padres. En el segundo no subsiste otro vínculo de mando que el sacro e inviolable de suministrarse recíprocamente los socorros necesarios, y el de la gratitud por los beneficios recibidos, que no es tan destruído de la malicia del corazón humano, cuanto de una mal entendida sujeción decretada por las leyes.

Semejantes contradicciones entre las leyes de familia

y las fundamentales de la república son un manantial fecundo de otras entre la moral doméstica y la pública, de donde se origina un conflicto perpetuo en el ánimo de los hombres. La primera inspira sujeción y temor; la segunda, valor y libertad; aquella enseña a limitar la beneficencia sobre un corto número de personas sin espontáneo escogimiento; ésta a dilatarla sobre toda clase de hombres; aquella manda un continuo sacrificio de sí mismo a un ídolo vano, que se llama *bien de familia*, que muchas veces no es el bien de alguno que la compone; ésta enseña el modo de servir a los propios adelantamientos sin ofender las leyes; o excita para sacrificarse a la patria con el premio del fanatismo que prepara la acción. Tales contrastes hacen que los hombres se desdeñen de seguir la virtud, que encuentran oscurecida y confusa en aquella distancia que nace de las tinieblas de los objetos, tanto físicos como morales. ¿Cuántas veces un hombre, recordando sus acciones pasadas, queda atónito considerando que han sido poco honestas! Al paso que la sociedad se multiplica, cada miembro viene a ser más pequeña parte del todo; y la máxima republicana se disminuye a proporción si las leyes no cuidan de reforzarla. Las sociedades, como los cuerpos humanos, tienen sus límites señalados; y creciendo más de ellos, la economía desentona necesariamente. Parece que la masa de un Estado debe ser en razón inversa de la sensibilidad de quien la compone; porque, de otra manera, aumentándose la una y la otra, las buenas leyes encontrarán al estorbar los delitos un impedimento en el bien mismo que han producido, "porque hombres demasiado sensibles, ilustrados y numerosos, serían también muy difíciles a gobernar y contener" (1). Una república muy vasta no se liberta del despotismo sino subdividiéndose y uniéndose en muchas repúblicas de alianza. ¿Pero cómo se conseguirá esto? Con un dictador despótico que tenga el valor de Sila, y tanto ingenio de edificar como él tuvo de destruir. Un hombre así, si fuese ambicioso, le espera la gloria de todos los siglos; si fuese filósofo, las bendiciones de sus ciudadanos le consolarán en la pérdida de su autoridad, aun cuando no fuese indiferente a su ingratitude. A medida que las máximas de reunión se debilitan en la nación, se refuerzan las que hay por los objetos que nos rodean; y por esta razón bajo el despotismo más fuerte, son las amistades

(1) El abate Morellet ha añadido esta conclusión de frase, que aclara la idea de Beccaria, tal vez demasiado profunda. Pero, ¿es exacto?...

más durables, y las virtudes de familia (siempre medianas) son las más comunes o más bien las únicas. De aquí puede cualquiera inferir cuán limitadas han sido las miras de la mayor parte de los legisladores.

CAPÍTULO XXVII

DULZURA DE LAS PENAS

Pero el curso de mis ideas me ha sacado fuera de mí asunto; a cuya declaración debo sujetarme. No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza. La misma atrocidad de la pena hace se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla, cuanto es mayor el mal contra quien se combate: hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo. Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones; porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador regía la del parricida y del matador; sentado en el trono dictaba leyes de hierro para almas atroces de esclavos, que obedecían; en la oscuridad privada estimulaba a sacrificar tiranos para crear otros de nuevo.

Al paso que los castigos son más crueles, los ánimos de los hombres que, como los flúidos, se ponen a nivel con los objetos que los rodean, se endurecen; y la fuerza siempre viva de las pasiones es causa de que al fin de cien años de castigos crueles la rueda se tema tanto como antes

la prisión (cc). Para que una pena obtenga su efecto basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe ser calculada la infalibilidad de la pena, y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico. Los hombres se arreglan por la repetida acción de los males que conocen y no por la de aquellos que ignoran. Supongamos dos naciones, y que la una es la escala de penas proporcionadas a la escala de delitos, tenga determinada por la pena mayor la esclavitud perpetua, y la otra la rueda: yo afirmo que la primera tendrá tanto temor de su mayor pena como la segunda; y si hay razón para transferir a la primera las penas de la segunda, la misma razón servirá para acrecentar las penas de esta última, pasando insensiblemente desde la rueda a los tormentos más lentos y estudiados, y hasta los más exquisitos que inventó la ciencia demasiado conocida de los tiranos.

Otras dos consecuencias funestas y contrarias al fin mismo de estorbar los delitos se derivan de la crueldad de las penas. La primera, que no es tan fácil guardar la proporción esencial entre el delito y la pena; porque sin embargo de que una crueldad industriosa haya variado mucho sus especies, no pueden éstas nunca pasar más allá de aquella última fuerza a que está limitada la organización y sensibilidad humana. Y en habiendo llegado a este extremo, no se encontraría pena mayor correspondiente a los delitos más dañosos y atroces, como era necesaria para estorbarlos. La otra consecuencia es, que la impunidad misma nace de la atrocidad de los castigos. Los hombres están reclusos entre ciertos límites, tanto en el bien como en el mal; y un espectáculo muy atroz para la humanidad podrá ser un furor pasajero, pero nunca un sistema constante, cuál deben ser las leyes, que si verdaderamente son crueles, o se mudan, o la impunidad fatal nace de ellas mismas. (dd).

(cc) Yo no creo esto. Sin duda que la costumbre de sufrir hace el que las almas sean insensibles, y la dureza del gobierno produce ese efecto; pero cuando el estado de inercencia llegue a ser suave y tranquilo, las penas reservadas para el crimen, atemorizarán sin endurecer, sin familiarizarse con la idea de llegar a tener los huesos rotos, y de morir en el suplicio. —En esta parte soy del mismo parecer del autor, sobre la inútil atrocidad de las penas. Así es que combato sus razones, pero no sus principios. (Nota de Diderot).

(dd) La severidad de las penas conviene más a los gobiernos despóticos, cuyo principio es el terror, que a los monárquicos o republicanos que tienen, por móvil el honor y la virtud.

¿Quién al leer las historias no se llena de horror, contemplando los bárbaros e inútiles tormentos, que con ánimo frío fueron inventados y ejecutados por hombres que se llamaban sabios? ¿Quién podrá no sentir un estremecimiento interior y doloroso al ver millares de infelices, a quienes la miseria (o querida, o tolerada de las leyes, que siempre han favorecido a los pocos y abatido a los muchos) obligó y condujo a un retroceso desesperado sobre el primer estado de naturaleza; o acusados de delitos imposibles, y fabricados por la temerosa ignorancia; o reos sólo de ser fieles a los propios principios, despedazados con supuestas formalidades y pausados tormentos por hombres dotados de los mismos sentidos, y por consiguiente de las mismas pasiones, agradable espectáculo de una muchedumbre fanática?

CAPÍTULO XXVIII

DE LA PENA DE MUERTE

Esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca ha conseguido hacer mejores los hombres, me ha obligado a examinar si es la muerte verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. ¿Qué derecho pueden atribuirse éstos para despedazar a sus semejantes? Por cierto no el que resulta de la soberanía y de las leyes. ¿Son éstas más que una suma de cortas porciones de libertad de cada

En los estados moderados, el amor de la patria, la vergüenza y temor de la infamia, son motivos represivos que pueden contener muchos delitos. La mayor pena de una acción será su convicción. Luego las leyes civiles corregirán allí más fácilmente, y no necesitarán de tanta fuerza. Un buen legislador en estos estados, se dedicará menos a castigar los delitos que a impedirlos, y más se aplicará a introducir las buenas costumbres que a imponer suplicios.

La experiencia ha hecho reparar que, en los países en que son suaves las penas, hacen igual impresión en el ánimo del ciudadano, que en las demás partes las duras.

Examinese la causa de todas las relajaciones; y se verá que dimana de la impunidad de los delitos, y no de las penas moderadas. —Sigamos a la naturaleza, que dió la vergüenza a los hombres como un azote; y consista la mayor parte de la pena en la infamia de sufrir. —Si se hallan en los países en que la vergüenza no es una consecuencia del suplicio, procede esto de la tiranía, que ha impuesto iguales penas a los malvados que a los hombres honrados. (Montesq. *Del Espíritu de las Leyes*, Lib. vi, cap. 9 y 12).

uno, que representan la voluntad general como agregado de las particulares? ¿Quién es aquél que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir? ¿Cómo puede decirse que en el más corto sacrificio de la libertad de cada particular se halla aquél de la vida, grandísimo entre todos los bienes? (ee). Y si fué así hecho este sacrificio, ¿cómo se concuerda tal principio con el otro, en que se afirma que el hombre no es dueño de matarse? Debía de serlo, si es que pudo dar a otro, o a la sociedad entera, este dominio.

No es, pues, la pena de muerte *derecho*, cuando tengo demostrado que no puede serlo: es sólo 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, habré vencido la causa en favor de la humanidad.

Por solos 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 éstas en una

(ee) "El demasiado rigor contra un culpable repugna a la humanidad porque no está aún bien decidido por los principios del derecho natural, hasta que punto la vida de un hombre llega a estar en el poder de los demás." (El barón de Bielfeld, *Institución política*, cap. 4).

Como la vida es el mayor de todos los bienes, por esto cada uno ha consentido, en que la sociedad tuviese el derecho de quitarla a aquél que lo hiciese a otro. Nadie sin duda ha querido dar el derecho a la sociedad de quitársela cuando esta quisiese, pero como también cada cual está ocupado en conservar la suya, y que ninguno prevee por él mismo la ninguna voluntad que tenía entonces para atentar a la de su prójimo, ninguno ha visto tampoco sino la ventaja de infligir la pena de muerte, para la seguridad, la defensa y la venganza pública. Es muy fácil de concebir que el hombre que dice: "Yo consiento a que se me quite la vida, si atento a la de los demás", se dice a sí mismo: "Yo no atentaré a ninguna; y así la ley será en mi favor, y no en mi contra". Este pacto sienta tan bien a el orden de la naturaleza, que con frecuencia se hace en las sociedades particulares, como en las conspiraciones, en donde se jura de bañarse en la sangre de aquél que revele el secreto. En cuanto a la justicia de esta pena, está fundada sobre la convención y sobre la utilidad común. Si ella es necesaria, sin duda es justa; pero queda a saber si en efecto es necesaria. (Nota de Diderot.)

forma de gobierno, por la cual los votos de la Nación estén reunidos, bien prevenida dentro y fuera con la fuerza y con la opinión, acaso más eficaz que la misma fuerza donde el mando reside sólo 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 separase de cometer delitos, segundo motivo porque se puede creer justa y necesaria la muerte de un ciudadano.

Cuando la experiencia de todos los siglos, en que el último suplicio no ha contenido los hombres determinados a ofender la sociedad; cuando el ejemplo de los ciudadanos romanos y veinte años de reinado que logró la emperatriz Isabel de Moscovia, en que dió a los padres de los pueblos este ilustre dechado, que equivale cuando menos a muchas conquistas, compradas con la sangre de los hijos de la Patria, no persuadiesen a los hombres, que siempre tienen por sospechoso el lenguaje de la razón y por eficaz el de la autoridad; basta consultar su naturaleza misma para conocer la verdad de mi aserción.

No es lo intenso de la pena quien hace el mayor efecto sobre el ánimo de los hombres, sino su extensión; porque a nuestra sensibilidad mueven con más facilidad y permanencia las continuas, aunque pequeñas impresiones, que una u otra pasajera, y poco durable, aunque fuerte. El imperio de la costumbre es universal sobre todo ente sensible; y como por su enseñanza el hombre habla y camina, y provee a sus necesidades; así las ideas morales no se imprimen en la imaginación sin durables y repetidas percusiones. No es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre, que convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha ofendido. Es eficaz, porque con la vista continua de este ejemplo resuena incesantemente alrededor de nosotros mismos el eco de esta sentencia: *Yo también seré reducido a tan dilatada y miserable condición si cometiere semejantes delitos*. Es mucho más poderosa que la idea de la muerte, a quien los hombres miran siempre en una distancia muy confusa.

La pena de muerte hace una impresión, que con su fuerza no sufre al olvido pronto, natural en el hombre, aun en las cosas más esenciales, y acelerado con la fuerza de

las pasiones. Regla general: las pasiones violentas sorprenden los ánimos, pero no por largo tiempo; y por esto son a propósito para causar aquellas revoluciones, que de hombres comunes hacen persianos o lacedemonios; pero en un Gobierno libre y tranquilo las impresiones deben ser más frecuentes que fuertes.

La pena de muerte es un espectáculo para la mayor parte, y un objeto de compasión mezclado con desagrado para algunos: las resultas de estos diferentes dictámenes ocupan más el ánimo de los concurrentes, que el terror saludable que la ley pretende inspirar. Pero en las penas moderadas y continuas el dictamen dominante es el último, porque es él sólo. El límite que debería fijar el legislador al rigor de la pena parece que consiste en el principio de compasión, cuando empieza éste a prevalecer sobre toda otra cosa en el ánimo de los que ven ejecutar un suplicio, más dispuesto para ellos, que para el reo.

Para que una pena sea justa no debe tener lo intenso de ella más que aquellos grados solos que basten a separar los hombres de los delitos: ahora no hay alguno que con reflexión pueda escoger la total y perpetua pérdida de la libertad propia por un delito, sea ventajoso cuanto se quiera; luego, lo intenso de la pena que existe en la esclavitud perpetua, sustituido a la pena de muerte, tiene lo que basta para separar cualquier ánimo determinado (ff). Añado que tiene más: muchísimos miran la muerte con una vista tranquila y entera; quien por fanatismo, quien por vanidad, que casi siempre acompaña al hombre más allá del sepulcro; quien por un esfuerzo último y desesperado, o de no vivir, o salir de miseria; pero ni el fanatismo ni la vanidad están entre los cepos y las cadenas, bajo el azote, bajo del yugo, en una jaula de hierro; y el desesperado no acaba sus males si no los principia. Nuestro ánimo resiste más bien a la violencia y dolores extremos,

(ff) Yo pienso lo mismo, y es imposible de dejar de penetrarse en las razones que da el autor. Pero yo observo que renuncia, y con razón, a su principio de dulzura y de humanidad en favor del criminal. En las cadenas bajo los golpes, y entre las barras de hierro, la desesperación no termina sus males, pero si los empieza. Este cuadro es aun más horroroso, que el del tormento y el suplicio que presenta, es en efecto más cruel que la misma muerte. Pero porque da unos ejemplos frecuentes y duraderos, su eficacia le hace preferible al último suplicio, que no dura más que un instante, y sobre el cual los criminales más decididos, toman con frecuencia su resolución. He aquí, según mi modo de pensar, la mejor razón para preferir al homicidio, una larga y dolorosa esclavitud. (Nota de Diderot).

si son breves, que al tiempo y enojó incesante; porque él puede (por decirlo así) reunirse todo en sí mismo por un momento para sufrir los primeros; pero su vigorosa elasticidad no es bastante a contrarrestar la repetida acción de los segundos. Cualquier ejemplo que se da a la nación con la pena de muerte supone un delito: en la pena de esclavitud perpetua, un solo delito da muchísimos y durables ejemplos; y si es importante que los hombres vean de continuo el poder de las leyes, no deben las penas de muerte ser muy distantes entre ellos, sino continuas: luego suponen la frecuencia de los delitos y que para que este suplicio sea útil es necesario que no haga sobre los hombres toda la impresión que debería hacer, esto es, que sea útil e inútil al mismo tiempo. Si se me dijese que la esclavitud perpetua es tan dolorosa, y por tanto igualmente cruel que la muerte, responderé que sumando todos los movimientos infelices de la esclavitud lo será aún más; pero éstos se reparten sobre toda la vida, y aquella ejercita toda su fuerza en un momento; y en esto se halla la ventaja de la pena de esclavitud, que atemoriza más a quien la ve que a quien la sufre; porque el primero considera todo el complejo de momentos infelices; y el segundo está distraído de la infelicidad del momento futuro con la del presente. Todos los males se acrecientan en la imaginación; y quien los sufre encuentra recursos y consuelos no conocidos, ni creídos de los que los observan; porque substituyen la sensibilidad propia al ánimo endurecido del infeliz.

He aquí, al poco más o menos, el razonamiento que hace un ladrón a un asesino cuando sólo tienen por contrapeso para no violar las leyes, la horca o la rueda. Bien sé que desenredar y aclarar los dictámenes interiores del propio ánimo es un arte que se aprende con la educación; pero estos principios no obran menos en un malhechor porque no sepa explicarlos. *¿Cuáles son (dice) estas leyes, que yo debo respetar, que dejan tan grande diferencia entre mí y el rico? El me niega un dinero que le pido, y se excusa con mandarme un trabajo que no conoce. ¿Quién ha hecho estas leyes? Hombres ricos y poderosos, que no se han dignado ni aún visitar las miserables chozas de los pobres, que nunca han dividido un pan duro y enmohecido entre los inocentes gritos de los hambrientos hijuelos y las lágrimas de la mujer. Rompamos estos vínculos, fatales a la mayor parte, y útiles a algunos pocos e indolentes tiranos; acometamos la injusticia en su origen; volveré a*

mi primer estado de independencia natural; viviré libre y feliz por algún tiempo con los frutos de mi valor y de mi industria; vendrá acaso el día del dolor y del arrepentimiento; pero será breve este tiempo, y tendré uno de calamidad, por muchos años de libertad y de placeres. Rey de un corto número, corregiré los errores de la fortuna, y veré estos tiranos palpitar y cubrirse de palidez a la presencia de aquél, que con un insultante orgullo, posponían a sus caballos y a sus perros. Acude entonces la religión al entendimiento del malvado, que abusa de todo; y presentándole un fácil arrepentimiento, y una cuasi certidumbre de felicidad eterna, le disminuye en gran parte el horror de aquella última tragedia.

Pero aquel que ve delante de sus ojos un gran número de años, o todo el curso de su vida, que pasaría en la esclavitud y en el dolor a la vista de sus conciudadanos, con quienes vive libre y sociable, esclavo de aquellas leyes, de quien era protegido, hace una comparación útil de todo esto con la incertidumbre del éxito de sus delitos, y con la brevedad del tiempo que podría gozar sus frutos. El ejemplo continuo de aquellos que actualmente ve víctimas de su propia imprudencia le hace una impresión mucho más fuerte que el espectáculo de un suplicio; porque éste lo endurece más que lo corrige.

No es útil la pena de muerte por el ejemplo que da a los hombres de atrocidad (gg). Si las pasiones o la necesidad de la guerra han enseñado a derramar la sangre humana; las leyes, moderadoras de la conducta de los mismos hombres, no debieran aumentar este cruel docu-

(gg) El revestir al hombre del empleo de verdugo, es degradar la humanidad, y es inconcebible el ballar quien consienta a esta degradación en su persona. Dudo mucho que ninguna educación humana pueda inclinar a estas funciones a alguna bestia por feroz que sea. Luego, este es un inconveniente de los de la pena de muerte; a menos que los culpables no se condenen *ad bestias*, como hacían los Romanos; lo que me parece menos contrario a la humanidad, aunque es en sí muy inhumano. (Nota inédita del abate Morrellet).

El desprecio legítimamente fundado hacia los ejecutores de la justicia, del cual es casi imposible se pongan a cubierto, ha sido general en todas las naciones y en todos los tiempos. La aversión que se tiene a las funciones de juez criminal, y que toda la razón no puede vencer; funciones necesarias, que para llenarlas, una alma un poco sensible no comprende como hay quien lo haga, he aquí unas contradicciones inexplicables. En algunas jurisprudencias, se concede la vida al criminal que por su orden se la quita a sus compañeros... Este es un medio muy seguro de hacer que los menos culpables perezcan, salvando al mismo tiempo a los más malévolos. (Nota inédita de Diderot).

mento, tanto más funesto, cuanto la muerte legal se da con estudio y pausada formalidad. Parece un absurdo que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y para separar los ciudadanos del intento de asesinar, ordenen un público asesinato. ¿Cuáles son las verdaderas y más útiles leyes? Aquellos pactos y aquellas condiciones, que todos querrían observar y proponer, mientras calla la voz (siempre escuchada) del interés privado, o se combina con la del público. ¿Cuáles son los dictámenes de cada particular sobre la pena de muerte? Leámoslos en los actos de indignación y desprecio con que miran al verdugo, que en realidad no es más que un inocente ejecutor de la voluntad pública, un buen ciudadano, que contribuye al bien de todos, instrumento necesario a la seguridad pública interior, como para la exterior son los valerosos soldados (hh). ¿Cuál, pues, es el origen de esta contradicción? ¿Y por qué es indeleble en los hombres esta máxima, en desprecio de la razón? Porque en lo más secreto de sus ánimos parte que, sobre toda otra, conserva aún la forma original de la antigua naturaleza, han creído siempre que nadie tiene potestad sobre la vida propia, a excepción de la necesidad que con su cetro de hierro rige el universo.

¿Qué deben pensar los hombres al ver los sabios magistrados y graves sacerdotes de la justicia, que con indiferente tranquilidad hacen arrastrar un reo a la muerte

(hh) Esto no prueba que la pena de muerte sea injusta. He explicado el como la voluntad pública había suscrito a ella, y también como es natural de que las leyes hayan impuesto la muerte al matador. El horror que se tiene al verdugo dimana de la compasión que el hombre tiene a su semejante, la que sería igual si le viese en este estado donde la desesperación no termina sus males, pero sí los empieza. Armad al verdugo con cadenas y látigos; reducid su empleo, y dadle la facultad de hacer que la vida sea odiosa al criminal, y este espectáculo de dolor, del cual él será el ministro, le hará aborrecer lo mismo; y no por esto será menos justa la pena que hará sufrir al culpable. Luego el horror que se le tiene, no es solamente una reclamación de la naturaleza, pero sí un movimiento maquinal, una repugnancia física que el hombre experimenta al ver sufrir a otro, de todo lo cual nada concluyo contra la voluntad de la ley. Sentado esto una dura y cruel esclavitud, es pues, una pena preferible a la de muerte, únicamente porque es más eficaz; y además es menester observar de que esta esclavitud no será un suplicio horroroso más que en un país en que el estado del pueblo será benigno y cómodo. Además si la condición de los inocentes fuese casi tan penosa como la de los culpables, los sufrimientos de estos no parecerían ya un suplicio, ni otros desgraciados, dignos de tanta compasión, se atemorizarían tampoco.

con lento aparato; y mientras este miserable se estremece en las últimas angustias, esperando el golpe fatal, pasa el juez con insensible frialdad (y acaso con secreta complacencia de la autoridad propia) a gustar las comodidades y placeres de la vida? ¡Ah (dirán ellos) estas leyes no son más que pretextos de la fuerza; y las premeditadas y crueles formalidades de la justicia son sólo un lenguaje de convención para sacrificarlos con mayor seguridad, como víctimas destinadas en holocausto al ídolo insaciable del despotismo.

El asesinato, que nos predicán y pintan como una maldad terrible, lo vemos prevenido y ejecutado aún sin repugnancia y sin furor. Prevalgámonos del ejemplo. Nos parecía la muerte violenta una escena terrible en las descripciones que de ella nos habían hecho; pero ya vemos ser negocio de un instante. Cuanto menos terrible será en quien lo esperándola se ahorra casi todo aquello que tiene de doloroso. Tales son los funestos paralogramos que, si no con claridad, a lo menos confusamente, hacen los hombres dispuestos a cometer los delitos, en quienes, como hemos visto, el abuso de la religión puede más que la religión misma.

Si se me opusiese como ejemplo el que han dado casi todas las naciones y casi todos los siglos, decretando pena de muerte sobre algunos delitos, responderé, que éste se desvanece a vista de la verdad, contra la cual no valen prescripciones; que la historia de los hombres nos da idea de un inmenso piélago de errores, entre los cuales algunas pocas verdades, aunque muy distantes entre sí, no se han sumergido. Los sacrificios humanos fueron comunes a casi todas las naciones. ¿Y quién se atreverá a excusarlos? Que algunas pocas sociedades se hayan abstenido solamente, y por poco tiempo, de imponer la pena de muerte, me es más bien favorable que contrario; porque es conforme a la fortuna de las grandes verdades, cuya duración no es más que un relámpago en comparación de la larga y tenebrosa noche que rodea los hombres. No ha llegado aún la época dichosa en que la verdad, como hasta ahora el error, tenga de su parte el mayor número; y de esta ley universal no vemos se hayan exceptuado sino sólo aquellas que la sabiduría infinita ha querido separar de las otras, revelándolas. (ii).

(ii) Entre las consideraciones que el autor acumula contra la pena de muerte, se le ha escapado una muy poderosa para un corazón justo. Los jueces más íntegros, que pronuncian la ley más

La voz de un filósofo es muy débil contra los tumultos y grita de tantos a quienes guía la ciega costumbre; pero los pocos sabios que hay esparcidos en los ángulos de la tierra me la recibirán y oirán en lo íntimo de su corazón; y si la verdad, a pesar de los infinitos estorbos que la desvían de un monarca, pudiese llegar hasta su trono, sepa, que la que propongo va acompañada con la aprobación secreta de todos los hombres: sepa, que callará a su vista la fama sanguinaria de los conquistadores; y que la posteridad justa le señala el primer lugar entre los pacíficos trofeos de los Titos, de los Antonios y de los Trajanos.

Feliz la humanidad, si por primera vez se la dictasen leyes ahora que vemos colocados sobre los tronos de Europa benéficos monarcas, padres de sus pueblos, animadores de las virtudes pacíficas, de las ciencias y de las artes. Ciudadanos coronados, cuyo aumento de autoridad forma la felicidad de los súbditos, porque deshace aquel despotismo intermedio, más cruel por menos seguro, con que se sofocaban los votos siempre sinceros del pueblo, y siempre dichosos, cuando pueden llegar al trono. Si ellos, digo, dejan subsistir las antiguas leyes, nace esto de la infinita dificultad que hay, en quitar de los errores la herrumbre venerable de muchos siglos, siendo un motivo para que los ciudadanos iluminados deseen con mayor ansia el continuo acrecentamiento de su autoridad. (jj).

clara, y después de las pruebas que les parecerá excluir, como se dice, la posibilidad de la inocencia, no serán siempre infalibles. Podrán sí, confundir alguna vez al inocente con el culpable, y condenarle como tal. ¿Y si después, su inocencia sale probada, qué dolor no tendrán por haber cometido una injusticia irreparable? ¿Podrán nunca consolarse de un error tan funesto? (*Acordarse de las sentencias de Calas*).

Entonces el medio más seguro de reparar esta falta, es el de no pronunciar jamás la pena de muerte. Los jueces que hubiesen condenado a un inocente, serían demasiado dichosos de poder, no solamente justificar su reputación, pero si hacer cesar sus desgracias, y dar la libertad, que es más que la vida, a un desventurado, a quien habrán privado de ella sin razón. Se podrán consolar de haber podido infamar la inocencia, apresurándose a romper sus cadenas, besar las señales, y borrarlas con sus lágrimas. —De que se sigue que la pena de muerte es inicua, en cuanto quita a la inocencia, injustamente condenada, toda esperanza de gozar de toda rehabilitación, y a los jueces que han tenido la desgracia de condenarla, todo medio de reparar esta borrosa falta. (*Nota inédita del abate Morellet*).

(jj) La desertión, es aún una reflexión sobre la pena de muerte que se ha aplicado a este delito, que no ha sido examinado por el autor. Hay muy pocos a quienes la pena de muerte me parece haber sido aplicada con más inconsecuencia, si se tiene presente

VIGILAR
Y CASTIGAR

*nacimiento de la
prisión por*

MICHEL FOUCAULT



LIBERA LOS LIBROS

Michel Foucault

Vigilar y castigar



Siglo veintiuno editores Argentina s. a.
LAVALLE 1634 11 A (C1048AAN), BUENOS AIRES, REPÚBLICA ARGENTINA

Siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.
CERRO DELAGUA 248, DELEGACIÓN COYOACÁN, 04310, MÉXICO, D. F

364 Foucault, Michel
FOU Vigilar y castigar : nacimiento de la prisión.- 1ª, ed.-Buenos Aires : Siglo XXI Editores Argentina, 2002. 314 p. ; 21x14 cm.- (Nueva criminología y derecho)
Traducción de: Aurelio Garzón del Camino

ISBN 987-98701-4-X

I. Título. - I. Criminología

Título original: *Surveiller et punir*
© 1975, Gallimard
© 1976, Siglo XXI Editores, S.A. de C.V.

Portada original de Anhele Hernández

1ª reimpresión argentina: 2.000 ejemplares © 2002, Siglo XXI Editores Argentina

S.A.
ISBN 987-98701-4-X

Impreso en Industria Gráfica Argentina Gral. Fructuoso Rivera 1066, Capital Federal,
en el mes de marzo de 2003

traducción de
AURELIO GARZÓN DEL CAMINO

NOTA IMPORTANTE: si bien la paginación de esta edición digital difiere de la versión impresa, se ha indicado, en color rojo, la numeración original, tanto de páginas, como de pies de página. Para evitar confusiones: el número de página original siempre irá en primer lugar, es decir, antecediendo al texto de la página que numera. Las discontinuidades, o saltos, que se observen en la numeración original, son fruto de la eliminación de páginas en blanco intermedias que pueden resultar molestas en una versión electrónica.

INDICE

SUPLICIO	5
I. EL CUERPO DE LOS CONDENADOS.....	5
II. LA RESONANCIA DE LOS SUPLICIOS	21
CASTIGO.....	44
I. EL CASTIGO GENERALIZADO.....	44
II. LA BENIGNIDAD DE LAS PENAS.....	63
DISCIPLINA.....	82
I. LOS CUERPOS DÓCILES	82
II. LOS MEDIOS DEL BUEN ENCAUZAMIENTO	104
III. EL PANOPTISMO.....	118
PRISIÓN.....	138
I. UNAS INSTITUCIONES COMPLETAS Y AUSTERAS	138
II. ILEGALISMOS Y DELINCUENCIA.....	155
III. LO CARCELARIO	179
LÁMINAS.....	¡Error! Marcador no definido.

en la cabeza de vuestros ciudadanos, podréis entonces jactaros de conducirlos y de ser sus amos. Un déspota imbécil puede obligar a unos esclavos con unas cadenas de hierro; pero un verdadero político ata mucho más fuertemente por la cadena de sus propias ideas. Sujeta el primer cabo al plano fijo de la razón; lazo tanto más fuerte cuanto que ignoramos su textura y lo creemos obra nuestra; la desesperación y el tiempo destruyen los vínculos de hierro y de acero, pero no pueden nada contra la unión habitual de las ideas, no hacen sino estrecharla más; y sobre las flojas fibras del cerebro se asienta la base inquebrantable de los Imperios más sólidos".¹⁵⁵

Esta semiótica de los castigos, este "poder ideológico" es el que, en parte al menos, va a quedar en suspenso y habrá de ser sustituido por una nueva anatomía en la que el cuerpo, de nuevo, pero en forma inédita, será el personaje principal. Y esta nueva anatomía política permitirá volver a cruzar las dos líneas de objetivación divergentes que vemos formarse en el siglo XVIII: la que rechaza al delincuente "al otro lado", al lado de una naturaleza contra natura; y la que trata de controlar la delincuencia, por una economía calculada de los castigos. Una ojeada al nuevo arte de castigar demuestra la sustitución de la semiótica punitiva por una nueva política del cuerpo.

II. LA BENIGNIDAD DE LAS PENAS

158. El arte de castigar debe apoyarse, por lo tanto, en toda una tecnología de la representación. La empresa no puede lograrse más que si se inscribe en una mecánica natural. "Semejante a la gravitación de los cuerpos, una fuerza secreta nos impulsa constantemente hacia nuestro bienestar. Este impulso no sufre otra influencia que la de los obstáculos que las leyes le oponen. Todas las acciones diversas del hombre son los efectos de esta tendencia interna." Encontrar para un delito el castigo que conviene es encontrar la desventaja cuya idea sea tal que vuelva definitivamente sin seducción la idea de una acción reprochable. Arte de las energías que se combaten, arte de las imágenes que se asocian, fabricación de vínculos estables que desafían el tiempo: se trata de constituir unas parejas de representación de valores opuestos, de instaurar diferencias cuantitativas entre las fuerzas presentes, de establecer un juego de signos-obstáculo que puedan someter el movimiento de las fuerzas a una relación de poder. "Que la idea del suplicio se halle siempre presente en el corazón del hombre débil y domine el sentimiento que le impulsa al crimen."¹⁵⁶ Estos signos-obstáculo deben constituir el nuevo arsenal de las penas, del mismo modo que las marcas-vindicta organizaban los antiguos suplicios. Pero para funcionar deben obedecer a varias condiciones.

1) Ser lo menos arbitrarios posible. Ciertamente es que la sociedad es la que define, en función de sus propios intereses, lo que debe ser considerado como delito: éste no es por lo tanto, natural. Pero si se quiere que el castigo pueda presentarse sin dificultad al espíritu no bien se piensa en el delito, es preciso que el vínculo entre el uno y el otro sea lo más inmediato posible: de semejanza, de analogía, de proximidad. Hay que dar "a la pena toda la conformidad posible con la índole del delito, a fin de que el temor de un castigo aleje el espíritu del camino adonde lo conducía la perspectiva de un crimen ventajoso".¹⁵⁷ El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona; así, para el que lo contempla, será infaliblemente el signo del delito que castiga; y para aquel que piensa en el crimen, la sola idea del acto punible despertará el signo punitivo. Ventaja en cuanto a la estabilidad de la relación, ventaja en cuanto al cálculo de las proporciones entre delito y castigo (159) y en cuanto a la lectura cuantitativa de los intereses; ventaja también puesto que, al tomar la

¹⁵⁵ 55] J. M. Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767, p. 35.

¹⁵⁶ 1] Beccaria, *Des délits et des peines*, éd. de 1856, p. 119.

¹⁵⁷ 2] *Ibid.*

forma de una serie natural, el castigo no aparece como efecto arbitrario de un poder humano: "Deducir el delito del castigo es la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. Si aquí reside el triunfo de la justicia, reside igualmente el triunfo de la libertad, ya que no procediendo las penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre."¹⁵⁸ En el castigo analógico, el poder que castiga se oculta.

En cuanto a las penas que sean naturales por institución, y que reproduzcan en su forma el contenido del crimen, los reformadores han propuesto todo un arsenal. Verneil, por ejemplo: a quienes abusen de la libertad pública, se les privará de la suya; se privará de sus derechos civiles a cuantos hayan abusado de los beneficios de la ley y de los privilegios de las funciones públicas; la multa castigará la concusión y la usura; la confiscación castigará el robo; la humillación, los delitos de "vanagloria"; la muerte, el asesinato; la hoguera, el incendio. En cuanto al envenenador, "el verdugo le presentará una copa cuyo contenido le arrojará al rostro, para abrumarlo con el horror de su crimen, ofreciéndole su imagen, y a continuación lo zambullirá en una caldera de agua hirviendo".¹⁵⁹ ¿Simple ensoñación? Quizá. Pero el principio de una comunicación simbólica lo formula también Le Peletier claramente cuando presenta en 1791 la nueva legislación criminal: "Son necesarias unas relaciones exactas entre la naturaleza del delito y la naturaleza del castigo"; el que ha sido feroz en su crimen padecerá dolores físicos; el que haya sido holgazán se verá forzado a un trabajo penoso; el que ha sido abyecto sufrirá una pena de infamia.¹⁶⁰

No obstante unas crueldades que recuerdan mucho los suplicios del Antiguo Régimen, es un mecanismo completamente distinto el que funciona en estas penas analógicas. No se opone ya lo atroz a lo atroz a la justa de poder; no es ya la simetría de la venganza, es la transparencia del signo a lo que significa; se quiere establecer, en el teatro de los castigos, una relación inmediatamente inteligible a los sentidos y que pueda dar lugar a un cálculo simple. Una especie de estética razonable de la pena. "No es únicamente en las bellas artes donde hay que seguir fielmente la (110) naturaleza; las instituciones políticas, al menos aquellas que tienen un carácter de prudencia y elementos de duración, se fundan en la naturaleza."¹⁶¹ Que el castigo derive del crimen; que la ley parezca ser una necesidad de las cosas, y que el poder obre ocultándose bajo la fuerza benigna de la naturaleza.

2) Este juego de signos debe apoyarse en el mecanismo de las fuerzas: disminuir el deseo que hace atractivo el delito, aumentar el interés que convierte la pena en algo temible; invertir la relación de las intensidades, hacer de modo que la representación de la pena y de sus desventajas sea más viva que la del delito con sus placeres. Todo un mecanismo, pues, del interés, de su movimiento, de la manera en que se representa y de la vivacidad de esta representación. "El legislador debe ser un arquitecto hábil que sepa a la vez emplear todas las fuerzas que pueden contribuir a la solidez del edificio y amortiguar todas aquellas que podrían arruinarlo."¹⁶²

Existen varios medios. "Ir derechamente a la fuente del mal."¹⁶³ Quebrar el móvil que anima la representación del delito. Quitarle toda fuerza al interés que lo ha hecho nacer. Tras de los delitos de vagancia, está la pereza; ésta es la que hay que combatir. "No se logrará nada encerrando a los mendigos en unas prisiones infectas que son más bien cloacas"; habrá que obligarlos a trabajar. "Utilizarlos es el mejor medio de castigarlos."¹⁶⁴ Contra una mala pasión, una buena costumbre; contra una fuerza, otra fuerza, pero se trata de la propia de la sensibilidad y de la pasión, no de las del poder con sus armas. "¿No se deben deducir todas las penas de este principio tan simple, tan

¹⁵⁸ 3] J.-P. Marat, *Plan de législation criminelle*, 1780, p. 33.

¹⁵⁹ 4] F. M. Verneil, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, 1781, pp. 68-145. Cf. igualmente Ch. E. Dufrique de Valazé, *Des lois pénales*, 1784, p. 349.

¹⁶⁰ 5] Le Peletier de Saint-Fargeau, *Archives parlementaires*, t. xxvi, pp. 321-322.

¹⁶¹ 6] Beccaria, *Des délits et des peines*, 1856, p. 114.

¹⁶² 7] *Ibid.*, p. 135.

¹⁶³ 8] Mably, *De la législation*. Oeuvres complètes, DC, p. 246.

¹⁶⁴ 9] J.-P. Brissot, *Théorie des lois criminelles*, 1781, I, p. 258.

afortunado y ya conocido, de elegirlos en aquello que es más deprimente para la pasión que condujo al delito cometido?"¹⁶⁵

Poner en juego contra ella misma la fuerza que ha impulsado al delito. Dividir el interés, utilizarlo para hacer que la pena sea temible. Que el castigo irrite y estimule en mayor medida que la falta haya podido halagar. Si el orgullo hizo cometer una fechoría, que se le hiera, que se le haga rebelarse por el castigo. La eficacia de las penas infamantes estriba en que se apoyan en la vanidad que estaba en la raíz del crimen. Los fanáticos se glorían de sus opiniones y de los suplicios que sufren por ellas. Hagamos, ([11]) pues, obrar contra el fanatismo la obcecación orgullosa que lo sostiene: "Comprimirlo por el ridículo y por la vergüenza; si se humilla la orgullosa vanidad de los fanáticos ante una gran multitud de espectadores, se pueden esperar felices efectos de esta pena." No serviría de nada, por el contrario, imponerles dolores físicos.¹⁶⁶

Reanimar un interés útil y virtuoso, que el delito prueba hasta qué punto se ha debilitado. El sentimiento de respeto a la propiedad —la de las riquezas, pero también la del honor, de la libertad, de la vida—, lo ha perdido el malhechor cuando roba, calumnia, secuestra o mata. Es preciso, por lo tanto, hacérselo aprender de nuevo. Y se comenzará a enseñárselo por él mismo: se le hará experimentar lo que es perder la libre disposición de sus bienes, de su honor, de su tiempo y de su cuerpo, para que la respete a su vez en los demás.¹⁶⁷ La pena que forma signos estables y fácilmente legibles debe también recomponer la economía de los intereses y la dinámica de las pasiones.

3) Utilidad por consiguiente de una modulación temporal. La pena transforma, modifica, establece signos, dispone obstáculos. ¿Qué utilidad tendría si hubiera de ser definitiva? Una pena que no tuviera término sería contradictoria: todas las coacciones que impone al condenado y de las que, una vez vuelto virtuoso, no podría jamás aprovecharse, no serían ya sino suplicios, y el esfuerzo hecho para reformarlo serían trabajo y costo perdidos por parte de la sociedad. Si hay incorregibles, es preciso decidirse a eliminarlos. Pero, en cuanto a todos los demás, las penas no pueden funcionar más que si tienen un término. Análisis aceptado por los Constituyentes: el Código de 1791 prevé la muerte para los traidores y los asesinos; todas las demás penas deben tener un término (el máximo es de veinte años).

Pero sobre todo el papel de la duración debe hallarse integrado en la economía de la pena. Los suplicios en su violencia corrían el peligro de tener este resultado: cuanto más grave era el delito, menos prolongado era su castigo. La duración intervenía efectivamente en el antiguo sistema de las penas: jornadas de picota, años de destierro, horas pasadas en expirar sobre la rueda. Pero era un tiempo de prueba, no de transformación concertada. La duración debe permitir ahora la acción propia del castigo: "Una serie prolongada de privaciones penosas evitando a la humanidad el horror de las torturas impresiona mucho más al culpable que un instante pasajero de dolor... Renueva sin cesar a los ojos del pueblo que es testigo el recuerdo de las leyes vengativas y hace ([12]) revivir en todo momento un terror saludable." ¹⁶⁸ El tiempo, operador de la pena.

Ahora bien, el frágil mecanismo de las pasiones no quiere que se las apremie de la misma manera ni con la misma insistencia a medida que se corrigen; conviene que la pena se atenúe con los

¹⁶⁵ [1] P. L. de Lacroix, *Réflexions sur la législation pénale*, en *Discours sur les peines infamantes*, 1784, p. 361.

¹⁶⁶ [11] Beccaria, *Des délits et des peines*, p. 113.

¹⁶⁷ [12] G. E. Pastoret, *Des lois pénales*. 1790, I, p. 49.

¹⁶⁸ [13] Le Peletier de Saint-Fargeau, *Archives parlementaires*, t. xxvi. Los autores que renuncian a la pena de muerte admiten algunas penas definitivas: J. P. Brissot, *Théorie des lois criminelles*. 1781, pp. 29-30. Ch. E. Dufriche de Valazé, *Des lois pénales*, 1784, p. 344: prisión perpetua para quienes han sido juzgados "irremediabilmente malvados".

efectos que produce. Puede muy bien ser fija, en el sentido de que se halla determinada para todos, de la misma manera, por la ley; su mecanismo interno debe ser variable. En su proyecto para la Constituyente, Le Peletier proponía penas de intensidad decreciente: un condenado a la pena más grave no habría de sufrir el calabozo (cadena en pies y manos, oscuridad, soledad, pan y agua) sino durante una primera fase; tendría la posibilidad de trabajar dos y después tres días a la semana. Al llegar a los dos tercios de su pena, podría pasar al régimen de la *gêne* (calabozo alumbrado, cadena a la cintura, trabajo solitario durante cinco días a la semana, pero en común los otros dos; este trabajo le sería pagado y le permitiría mejorar su comida diaria). En fin, al acercarse el término de su condena, se le sometería al régimen de la prisión: "Podrá reunirse todos los días con todos los demás presos para un trabajo en común. Si lo prefiere, podrá trabajar solo. Su alimento será el que obtenga por su trabajo." ¹⁶⁹

4) Por parte del condenado, la pena es un mecanismo de los signos, de los intereses y de la duración. Pero el culpable no es más que uno de los blancos del castigo. Éste afecta sobre todo a los otros, a todos los culpables posibles. Que estos signos-obstáculo que se graban poco a poco en la representación del condenado circulen, pues, rápida y ampliamente, que sean aceptados y redistribuidos por todos, que formen el discurso que cada cual dirige a todo el mundo y por el cual todos se vedan el crimen —la buena moneda que sustituye, en los espíritus, al falso provecho del delito.

Para esto, es preciso que el castigo parezca no sólo natural, sino interesante. Es preciso que cada cual pueda leer en él su propia ventaja. Que se acaben esas penas espectaculares, pero inútiles. Que se acaben las penas secretas, también; pero que los castigos puedan ser considerados como una retribución que el culpable da a cada uno de sus conciudadanos, por el crimen que los ha perjudicado a todos: unas penas "que salten sin cesar a los ojos de los ([13]) ciudadanos", y que pongan "de manifiesto la utilidad pública de los movimientos comunes y particulares".¹⁷⁰ El ideal sería que el condenado pareciera como una especie de propiedad rentable: un esclavo puesto al servicio de todos. ¿Por qué la sociedad suprimiría una vida y un cuerpo que podría apropiarse? Sería más útil hacerle "servir al Estado en una esclavitud más o menos amplia según la índole de su delito"; en Francia son muchos los caminos impracticables que obstaculizan el comercio, y a los ladrones, que también obstaculizan la libre circulación de las mercancías, podría ponérselos a reconstruir esos caminos. Más que la muerte, sería elocuente "el ejemplo de un hombre a quien se tiene siempre ante los ojos, a quien se ha privado de la libertad y que está obligado a emplear el resto de su vida en reparar la pérdida que ha causado a la sociedad".¹⁷¹

En el antiguo sistema, el cuerpo de los condenados pasaba a ser la cosa del rey, sobre la cual el soberano imprimía su marca y dejaba caer los efectos de su poder. Ahora, habrá de ser un bien social, objeto de una apropiación colectiva y útil. De ahí el hecho de que los reformadores han propuesto casi siempre los trabajos públicos como una de las mejores penas posibles. Por lo demás, los Cuadernos de quejas los han seguido: "Que los condenados a cualquier pena, menos la de muerte, lo sean a los trabajos públicos del país, por un tiempo proporcionado a su delito." ¹⁷² Trabajo público que quiere decir dos cosas: interés colectivo en la pena del condenado y carácter

¹⁶⁹ [14] Le Peletier de Saint-Fargeau, *Archives parlementaires*, t. xxvi, p. 329-330.

¹⁷⁰ [15] Ch. E. Dufriche de Valazé, *Des lois pénales*, 1784, p. 346.

¹⁷¹ [16] A. Boucher d'Argis, *Observations sur les lois criminelles*, 1781, p. 130.

¹⁷² [17] Cf. L. Masson, *La Révolution pénale en 1791*, p. 139. Contra el trabajo penal se objetaba, sin embargo, que implicaba el recurso a la violencia (Le Peletier) o la profanación del carácter sagrado del trabajo (Duport). Rabaud Saint-Etienne hace adoptar la expresión "trabajos forzados" por oposición a los "trabajos libres, propios exclusivamente de los hombres libres", *Archives parlementaires*, t. xxvi, pp. 710 ss.

visible, controlable, del castigo. Así, el culpable paga dos veces: por el trabajo que suministra y por los signos que produce. En el corazón de la sociedad, en medio de las plazas públicas o el camino real, el condenado es un foco de provechos y de significados. Visiblemente sirve a cada cual; pero a la vez, desliza en el ánimo de todos el signo crimen-castigo: utilidad secundaria, puramente moral ésta, pero mucho más real.

5) De donde toda una economía docta de la publicidad. En el suplicio corporal, el terror era el soporte del ejemplo: miedo físico, espanto colectivo, imágenes que deben grabarse en la memoria de los espectadores, del mismo modo que la marca en la mejilla o en el hombro del condenado. El soporte del ejemplo, ahora, es (113) la lección, el discurso, el signo descifrable, la disposición escénica y pictórica de la moralidad pública. Ya no es la restauración aterradora de la soberanía que va a sostener la ceremonia del castigo, es la reactivación del Código, el fortalecimiento colectivo del vínculo entre la idea del delito y la idea de la pena. En el castigo, más que ver la presencia del soberano, se leerán las propias leyes. Éstas habían asociado a tal delito tal castigo. Inmediatamente cometido el crimen y sin que se perdiera tiempo, el castigo vendrá, convirtiendo en acto el discurso de la ley y mostrando que el Código, que enlaza las ideas, enlaza también las realidades. La unión, inmediata en el texto, debe serlo en los actos. "Considerando esos primeros momentos en que la noticia de algún hecho atroz se difunde por nuestras ciudades y por nuestros campos; los ciudadanos se parecen a unos hombres que han visto caer el rayo a su lado; cada cual se encuentra lleno de indignación y de horror... He aquí el momento de castigar el crimen: no lo dejéis escapar; apresuraos a hacer que confiese y a juzgarlo. Levantad patibulos, hogueras, arrastrad al culpable a las plazas públicas, llamad al pueblo a voces. Entonces, lo oiréis aplaudir la proclamación de vuestras sentencias, como la de la paz y de la libertad; lo veréis acudir a esos horribles espectáculos como al triunfo de las leyes."¹⁷³ El castigo público es la ceremonia de la inmediata trasposición del orden.

La ley se reforma, acaba de ocupar de nuevo su lugar al lado del desmán que la violara. El malhechor, en cambio, ha sido separado de la sociedad. La abandona. Pero no en esas fiestas ambiguas de Antiguo Régimen en las que el pueblo tomaba fatalmente su parte, ya del crimen, ya de la ejecución, sino en una ceremonia del pueblo. La sociedad que ha recobrado sus leyes, ha perdido a aquel de los ciudadanos que las había violado. El castigo público debe manifestar esta doble aflicción: que se haya podido ignorar la ley, y que se esté obligado a separarse de un ciudadano. "Unid al suplicio el aparato más lúgubre y más conmovedor; que este día terrible sea para la patria un día de duelo; que el dolor general se pinte por doquier en grandes caracteres... Que el magistrado cubierto del fúnebre crespón anuncie al pueblo el atentado y la triste necesidad de una venganza legal. Que las diferentes escenas de esta tragedia impresionen todos los sentidos y conmuevan todos los afectos benignos y honestos."¹⁷⁴

(117) Duelo cuyo sentido debe ser claro para todos; cada elemento de su ritual debe hablar, decir el crimen, recordar la ley, demostrar la necesidad del castigo, justificar su medida. Anuncios, carteles, signos, símbolos deben multiplicarse, para que cada cual pueda aprender los significados. La publicidad del castigo no debe difundir un efecto físico de terror; debe abrir un libro de lectura. Le Peletier proponía que el pueblo, una vez al mes, pudiera visitar a los condenados "en su doloroso recinto: leerá, trazado en gruesos caracteres, sobre la puerta del calabozo, el nombre del culpable, el delito y la sentencia".¹⁷⁵ Y en el estilo ingenuo y militar de las ceremonias imperiales, Bexon imaginaria unos años más tarde todo un cuadro de heráldica penal: "El condenado a muerte será conducido al cadalso en un coche tapizado, o pintado de negro mezclado de rojo; si ha traicionado, llevará una camisa roja sobre la cual se leerá, por delante y por detrás, la palabra 'traidor'; si es parricida, llevará la cabeza cubierta con un velo negro y sobre su camisa se verán

¹⁷³ 18 J. M. Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767, pp. 35-36.

¹⁷⁴ 19 Dufau, "Discours à la Constituante", *Archives parlementaires*, t. xxvi, p. 688.

¹⁷⁵ 20 *Ibid.*, pp. 329-330.

bordados unos puñales o los instrumentos de muerte que haya utilizado; si ha envenenado, su camisa roja estará adornada de serpientes y de otros animales venenosos."¹⁷⁶

Esta lección legible, esta trasposición del orden ritual, hay que repetirlas con la mayor frecuencia posible; que los castigos sean una escuela más que una fiesta; un libro siempre abierto antes que una ceremonia. La duración que hace que el castigo sea eficaz para el culpable es útil también para los espectadores. Deben poder consultar a cada instante el léxico permanente del crimen y del castigo. Pena secreta, pena casi perdida. Sería preciso que los niños pudieran acudir a los Jugares en que aquella se ejecuta; allí harían sus clases de civismo. Y los hombres hechos volverían a aprender periódicamente las leyes. Concibamos los lugares de castigo como un Jardín de las Leyes que las familias visitaran los domingos. "Yo querría que de vez en cuando, tras de haber preparado las inteligencias por medio de un discurso razonado sobre la conservación del orden social, sobre la utilidad de los castigos, se condujera a los jóvenes, incluso a los hombres, a las minas, a los trabajos, para contemplar la suerte espantosa de los proscritos. Estas peregrinaciones serían más útiles que las que realizan los turcos a La Meca."¹⁷⁷ Y Le Peletier consideraba que esta visibilidad de los castigos era uno de los principios fundamentales del nuevo Código penal: "A menudo y en épocas señaladas, la presencia (116) del pueblo debe llevar la vergüenza a la frente del culpable; y la presencia del culpable en la penosa situación a que lo ha reducido su delito debe llevar al alma del pueblo una instrucción útil."¹⁷⁸ Mucho antes de ser concebido como un objeto de ciencia, se sueña al criminal como elemento de instrucción. Después de la visita de caridad para compartir el dolor de los presos —el siglo XVII la había inventado o exhumado—, se ha soñado en esas visitas de niños que acuden a aprender cómo el beneficio de la ley viene a aplicarse al crimen: viva lección en el museo del orden.

6) Entonces podrá invertirse en la sociedad el tradicional discurso del delito. Grave preocupación para los forjadores de leyes del siglo XVIII: ¿cómo apagar la gloria dudosa de los criminales? ¿Cómo hacer callar la epopeya de los grandes malhechores cantados por los almanaques, las hojas sueltas, los relatos populares? Si la trasposición del orden punitivo está bien hecha, si la ceremonia de duelo se desarrolla como es debido, el crimen no podrá aparecer ya sino como una desdicha y el malhechor como un enemigo a quien se enseña de nuevo la vida social. En lugar de esas alabanzas que hacen del criminal un héroe, no circularán ya en el discurso de los hombres otra cosa que esos signos-obstáculo que contienen el deseo del crimen con el temor calculado del castigo. El mecanismo positivo funcionará de lleno en el lenguaje de todos los días, y éste lo fortificará sin cesar con relatos nuevos. El discurso pasará a ser el vehículo de la ley: principio constante de la trasposición universal del orden. Los poetas del pueblo coincidirán al fin con aquellos que se llaman a sí mismos los "misioneros de la eterna razón", y se harán moralistas. "Lleno por completo de esas terribles imágenes y de esas ideas saludables, cada ciudadano vendrá a derramarlas en su familia, y allí, por largos relatos hechos con tanto calor como ávidamente escuchados, sus hijos sentados en torno suyo abrirán su joven memoria para recibir, en rasgos inalterables, la idea del crimen y del castigo, el amor a las leyes y a la patria, el respeto y la confianza en la magistratura. Los habitantes de los campos, testigos también de estos ejemplos, los sembrarán en tomo de sus cabañas, la afición a la virtud arraigará en esas almas toscas, en tanto que el malvado consternado por la alegría pública, asustado al ver que tiene tantos enemigos, renunciará quizá a unos proyectos cuyo resultado no es menos rápido que funesto."¹⁷⁹

He aquí, pues, cómo hay que imaginar la ciudad punitiva. En (117) las esquinas, en los jardines, al

¹⁷⁶ 21 S. Bexon, *Code de sûreté publique*, 1807, 2a parte, pp. 24-25. Se trataba de un proyecto presentado al rey de Baviera.

¹⁷⁷ 22 J.-P. Brissot, *Théorie des lois criminelles*, 1781.

¹⁷⁸ 23 *Archives parlementaires*, t. xxvi, p. 322.

¹⁷⁹ 24 J. M. Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767, p. 37.

borde de los caminos que se rehacen o de los puentes que se construyen, en los talleres abiertos a todos, en el fondo de las minas que se visitan, mil pequeños teatros de castigos. Para cada delito, su ley; para cada criminal, su pena. Pena visible, pena habladora que lo dice todo, que explica, se justifica, convence: carteles, letreros, anuncios, avisos, símbolos, textos leídos o impresos, todo esto repite infatigablemente el Código. Decorados, perspectivas, electos de óptica, elementos arquitectónicos ilusorios, amplían en ocasiones la escena, haciéndola más terrible de lo que es, pero también más clara. Del lugar en que el público está colocado, pueden suponerse ciertas crueldades que, de hecho, no ocurren. Pero lo esencial para estas severidades reales o ampliadas es que, según una estricta economía, sean todas instructivas: que cada castigo constituya un apólogo. Y que en contrapunto de todos los ejemplos directos de virtud, se pueda a cada instante encontrar, como una escena viva, las desdichas del vicio. En torno de cada una de estas "representaciones" morales, los escolares se agolparán con sus maestros y los adultos aprenderán qué lecciones enseñar a sus hijos. No ya el gran ritual aterrador de los suplicios, sino al hilo de los días y de las calles, ese teatro serio, con sus escenas múltiples y persuasivas. Y la memoria popular reproducirá en sus rumores el discurso austero de la ley. Pero quizá será necesario, por encima de esos mil espectáculos y relatos, poner el signo mayor del castigo para el más terrible de los crímenes: la piedra angular del edificio penal. En todo caso, Vermeil había imaginado la escena del absoluto castigo que debía dominar todos los teatros del castigo cotidiano: el único caso en el que se debía tratar de llegar al infinito punitivo. Un poco el equivalente en la nueva penalidad de lo que había sido el regicidio en la antigua. Al culpable se le saltarían los ojos; se le encerraría en una jaula de hierro, suspendida en el aire, por encima de una plaza pública; estaría completamente desnudo, con sólo un cinturón de hierro, sujeto a los barrotes, y hasta el fin de sus días, se le alimentaría de pan y agua. "De este modo, estaría expuesto a todos los rigores de las estaciones, unas veces su frente cubierta de nieve, otras calcinada por un sol ardiente. En este riguroso suplicio, ofreciendo más bien la prolongación de una muerte dolorosa que la de una vida penosa, es donde podría realmente reconocerse a un malvado entregado al horror de la naturaleza entera, condenado a no ver ya el cielo al que ultrajó y a no habitar la tierra que ha mancillado."¹⁸⁰ Por encima de la ciudad (118) punitiva, esa araña de hierro; y al que debe crucificar así la nueva ley, es al parricida.

Todo un arsenal de castigos pintorescos. "Guardaos muy bien de infligir los mismos castigos", decía Mably. Se ha desterrado la idea de una pena uniforme, únicamente modulada según la gravedad de la falta. Más precisamente: la utilización de la prisión como forma general de castigo jamás se presenta en estos proyectos de penas específicas, visibles y parlantes. Sin duda, está prevista la prisión, pero como una pena más; es entonces el castigo específico de ciertos delitos, los que atentan a la libertad de los individuos (como el rapto) o los que resultan del abuso de la libertad (el desorden, la violencia). También está prevista como condición para que determinadas penas puedan ser ejecutadas (el trabajo forzado, por ejemplo). Pero no cubre todo el campo de la penalidad con su duración como único principio de variación. Más todavía, la idea de un encierro penal es explícitamente criticada por muchos reformadores. Porque es incapaz de responder a la especificidad de los delitos. Porque está desprovisto de efectos sobre el público. Porque es inútil a la sociedad, perjudicial incluso: es costoso, mantiene a los condenados en la ociosidad, multiplica sus vicios.¹⁸¹ Porque el cumplimiento de tal pena es difícil de controlar y se corre el peligro de exponer a los detenidos a la arbitrariedad de sus guardianes. Porque el oficio de privar a un hombre de su libertad y de vigilarlo en la prisión es un ejercicio de tiranía. "Exigís que haya entre vosotros monstruos; y a esos hombres odiosos, si existieran, el legislador debería quizá tratarlos como a asesinos."¹⁸² La prisión, en resumen, es incompatible con toda esta técnica de la pena-

¹⁸⁰ 25 F. M. Vermeil, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, 1781, pp. 148-149.

¹⁸¹ 26 Cf. *Archives parlementaires*, t. xxvi, p. 712.

¹⁸² 27 G. de Mably, *De la législation, Oeuvres complètes*, 1789, t. ix, p. 338.

efecto, de la pena-representación, de la pena-función general, de la pena-signo y discurso. Es la oscuridad, la violencia y la sospecha. "Es un lugar de tinieblas donde el ojo del ciudadano no puede contar las víctimas, donde, por consiguiente, su nombre está perdido para el ejemplo... Mientras que si, sin multiplicar los delitos, se puede multiplicar el ejemplo de los castigos, se llega en fin a hacerlos menos necesarios; por lo demás, la oscuridad de las prisiones se convierte en un objeto de desconfianza para los ciudadanos; suponen fácilmente que allí se cometen grandes injusticias... Hay ciertamente algo que anda mal, cuando la ley que está hecha para el bien de la multitud, en lugar de (119) suscitar su reconocimiento, suscita continuamente sus murmuraciones."¹⁸³

Que la prisión pueda como hoy, cubrir, entre la muerte y las penas ligeras, todo el espacio del castigo, es un pensamiento que los reformadores no podían tener inmediatamente.

Ahora bien, he aquí el problema: al cabo de muy poco tiempo, la detención ha llegado a ser la forma esencial del castigo. En el Código penal de 1810 ocupa, entre la muerte y las multas, bajo un cierto número de formas, casi todo el campo de los castigos posibles. "¿Cuál es el sistema de penalidad admitido por la nueva ley? Es el encarcelamiento bajo todas sus formas. Compárense, en efecto, las cuatro penas principales que quedan en el Código penal. Los trabajos forzados son una forma de encarcelamiento. El presidio es una prisión al aire libre. La detención, la reclusión, la prisión correccional no son en cierto modo sino los nombres distintos de un mismo castigo."¹⁸⁴ Y este encarcelamiento, pedido por la ley, había decidido al punto el Imperio transcribirlo en la realidad, de acuerdo con toda una jerarquía penal, administrativa, geográfica: en el grado inferior, asociadas a cada justicia de paz, unas cárceles de policía municipal; en cada distrito, unas prisiones; en todos los departamentos, un correccional; en la cima, varias casas centrales para los condenados por crímenes o para aquellos de los correccionales condenados a más de un año; finalmente, en algunos puertos, las penitenciarías. Entra en el plan un gran edificio carcelario, cuyos diferentes niveles deben ajustarse exactamente a los grados de la centralización administrativa. El cadalso donde el cuerpo del supliciado se exponía a la fuerza ritualmente manifestada del soberano, el teatro punitivo donde la representación del castigo se ofreciera permanentemente al cuerpo social, está sustituido por una gran arquitectura cerrada, compleja y jerarquizada que se integra en el cuerpo mismo del aparato estatal. Una materialidad completamente distinta, una física del poder completamente distinta, una manera de dominar el cuerpo de los hombres completamente distinta. A partir de la Restauración y bajo la monarquía de Julio, se encontrarán en las prisiones francesas, con ligeras diferencias, de 40 a 43 000 detenidos (casi un preso por cada 600 habitantes). El alto muro, no ya el que rodea y protege, no ya el que manifiesta, por su prestigio, el poder y la riqueza, sino el muro cuidadosamente cerrado, infranqueable en uno y otro sentido, y que encierra el trabajo ahora misterioso del (120) castigo, será, próximo y a veces incluso en medio de las ciudades del siglo XIX, la figura monótona, a la vez material y simbólica, del poder de castigar. Ya bajo el Consulado, el ministro del Interior había sido encargado de hacer una investigación sobre los diferentes lugares de la seguridad nacional que funcionaban ya o que podían ser utilizados en las diferentes ciudades. Unos años después, se habían votado créditos para construir, a la altura del poder que debían representar y servir, esos nuevos castillos del orden civil. El Imperio los utilizó, de hecho, para otra guerra.¹⁸⁵ Una economía menos suntuaria pero más obstinada acabó por construirlos poco a poco en el siglo XIX.

En menos de veinte años en todo caso, el principio tan claramente formulado a la Constituyente, de penas específicas, ajustadas, eficaces, formando, en cada caso, una lección para todos, se ha convertido en la ley de detención por toda infracción un poco importante, si no merece la muerte.

¹⁸³ 28 Ch. E. Duffriche de Valazé, *Des lois pénales*, 1784, pp. 344-345.

¹⁸⁴ 29 C. F. M. de Rémusat, *Archives parlementaires* t. LXXII, 1 de diciembre de 1831, p. 185.

¹⁸⁵ 30 Cf. E. Decazes, "Rapport au roi sur les prisons". *Le Moniteur*, 11 de abril de 1819.

Este teatro punitivo, en el que se soñaba en el siglo XVIII, y que hubiera obrado esencialmente sobre el ánimo de los delincuentes, ha sido sustituido por el gran aparato uniforme de las prisiones cuya red de edificios inmensos va a extenderse sobre toda Francia y Europa. Pero conceder veinte años como cronología a este número de prestidigitación, es todavía demasiado, quizá. Porque puede decirse que ha sido casi instantáneo. Basta contemplar con más detenimiento el proyecto de Código criminal presentado a la Constituyente por Le Peletier. El principio formulado al comienzo es el de que es preciso "unas relaciones exactas entre la índole del delito y la índole del castigo": dolores para quienes han sido feroces, trabajo para quienes han sido perezosos, infamia para aquellos cuya alma está degradada. Ahora bien, las penas aflictivas que se proponen efectivamente son tres formas de detención: el calabozo, donde la pena de encierro se agrava con diversas medidas (relativas a la soledad, a la privación de luz, a las restricciones de alimento); la *gêne*, donde estas medidas anejas están atenuadas, y finalmente la prisión propiamente dicha, reducida al encierro puro y simple. La diversidad, tan solemnemente prometida, se reduce al fin a esta penalidad uniforme y gris. Hubo, por lo demás, de momento, unos diputados que se asombraron de que en lugar de haber establecido una relación de índole entre delitos y penas, se siguiera un plan completamente distinto: "De manera que si he traicionado a mi país, se me encierra; si he matado a mi padre, se me encierra; todos los delitos imaginables se castigan de la manera más uniforme. Me (12) parece estar viendo un médico que para todos los males tiene el mismo remedio."¹⁸⁶

Rápida sustitución que no ha sido el privilegio de Francia. La volvemos a encontrar, sin alteración, en los países extranjeros. Cuando Catalina II, en los años que siguieron inmediatamente al tratado *De los delitos y de las penas*, hace redactar un proyecto para un "nuevo código de leyes", la lección de Beccaria sobre la especificidad y la variedad de las penas no se ha olvidado; se repite casi palabra por palabra: "El triunfo de la libertad civil ocurre cuando las leyes criminales deducen cada pena de la índole particular de cada delito. Entonces cesa toda la arbitrariedad; la pena no depende en absoluto del capricho del legislador, sino de la índole de la cosa; no es en absoluto el hombre quien hace violencia al hombre, sino la propia acción del hombre."¹⁸⁷ Unos años después, siguen siendo los principios generales de Beccaria los que sirven de fundamento al nuevo código toscano y al dado por José II a Austria; y sin embargo, ambas legislaciones hacen de la prisión, modulada de acuerdo con su duración y agravada en ciertos casos por la marca o los hierros, una pena casi uniforme: treinta años cuando menos de detención por atentado contra el soberano, por fabricación de moneda falsa y por asesinato con robo; de quince a treinta años por homicidio voluntario o por robo a mano armada; de un mes a cinco años por robo simple, etcétera.¹⁸⁸

Pero si esta colonización de la penalidad por la prisión puede sorprender, es porque no era como se imagina un castigo sólidamente instalado ya en el sistema penal, inmediatamente después de la pena de muerte, y que habría ocupado de manera completamente natural el lugar que dejaran vacío los suplicios al desaparecer. De hecho, la prisión —y muchos países se hallaban en este punto en la misma situación que Francia— no tenía sino una posición restringida y marginal en el sistema de las penas. Los textos lo prueban. La ordenanza de 1670 no cita la detención entre las penas aflictivas. Sin duda, la prisión perpetua o temporal había figurado entre las penas en algunas costumbres.¹⁸⁹ Pero se sabe que cae en desuso como otros suplicios: "Había antaño penas

¹⁸⁶ 31 Ch. Chabroud, *Archives parlementaires*, t. xxvi, p. 618.

¹⁸⁷ 32 Catalina II, instrucciones para la comisión encargada de redactar el proyecto del nuevo código de leyes, art. 67.

¹⁸⁸ 33 Una parte de este Código se ha traducido en la introducción de P. Col-quhoun, *Traité sur la police de Londres*, trad. francesa, 1807, I, p. 84.

¹⁸⁹ 34 Cf. por ejemplo Coquille, *Coutume du Nivernais*.

Nota: *Costumbres* en el texto, y *coutume* en la nota, se refieren a la costumbre como fuente de derecho. [T.]

que ya no se practican en Francia, como la de escribir sobre el (122) rostro o la frente de un condenado su pena, y la de la prisión perpetua, del mismo modo que ya no se debe condenar a un criminal a la exposición a las fieras ni a las minas."¹⁹⁰ De hecho, es cierto que la prisión había sido sustituido de una manera tenaz, para sancionar las faltas cabentes de gravedad, y esto de acuerdo con las costumbres o hábitos locales. Éste era el sentido en el que Soulatges hablaba de las "penas ligeras" que la Ordenanza de 1670 no había mencionado: la censura, la admonición, la abstención de presencia en un lugar, la satisfacción a la persona ofendida y la prisión por un tiempo. En algunas regiones, sobre todo en aquellas que habían conservado mejor su particularismo judicial, la pena de prisión seguía teniendo una gran extensión, pero no sin encontrar algunas dificultades, como en el Rosellón, recientemente anexionado.

Pero a través de estas divergencias, los juristas se atienen firmemente al principio de que "la prisión no se considera como una pena en nuestro derecho civil".¹⁹¹ Su papel es el de ser una garantía en el que la prenda es la persona y su cuerpo: *ad continendos homines, non ad puniendos*, dice el adagio; en este sentido, la prisión de un sospechoso tiene en cierto modo la misma finalidad que la de un deudor. Por la prisión, se detiene a alguien, no se le castiga.¹⁹² Tal es el principio general. Y si la prisión desempeña a veces el papel de pena, y en casos importantes, es esencialmente a título de sustitutivo: remplace las galeras para aquellos —mujeres, niños e inválidos— que no pueden servir en ellas: "La sentencia a estar encerrado temporal o perpetuamente en una prisión equivale a la de galeras."¹⁹³ En esta equivalencia, vemos bien dibujarse un relevo posible. Pero para que se realice, ha sido preciso que la prisión cambie de estatuto jurídico.

Y ha sido preciso también que se supere otro obstáculo que, en Francia al menos, era considerable. La prisión estaba, en efecto, (123) tanto más descalificada cuanto que se hallaba en la práctica vinculada directamente a la regia arbitrariedad y a los excesos del poder soberano. Los reclusorios, los hospitales generales,¹⁹⁴ las "órdenes del rey" o las del teniente de policía, las *lettres de cachet*¹⁹⁵ obtenidas por los notables o por las familias, habían constituido toda una práctica represiva, yuxtapuesta a la "justicia regular" y más a menudo todavía opuesta a ella. Y este encarcelamiento extrajudicial había sido rechazado tanto por los juristas clásicos como por los reformadores. Prisión, cosa que atañe al príncipe, decía un tradicionalista como Serpillon, que se escudaba tras de la autoridad del presidente Bouhier: "Aunque los príncipes por razones de Estado tiendan a veces a infligir esta pena, la justicia ordinaria no hace uso de tales especies de condena."¹⁹⁶ Detención,

¹⁹⁰ 35 G. du Rousseaud de la Combe, *Traité des matières criminelles*, 1741, p. 3.

¹⁹¹ 36 F. Serpillon, *Code criminel*, 1767, t. m, p. 1095. Sin embargo, se encuentra en Serpillon la idea de que el rigor de la prisión es un comienzo de pena.

¹⁹² 37 Así es como hay que comprender los numerosos reglamentos referentes a las prisiones, en cuanto a las exacciones de los carceleros, la seguridad de los locales y la imposibilidad para los presos de comunicarse unos con otros. Por ejemplo, la sentencia del parlamento de Dijon del 21 de septiembre de 1706. Cf. igualmente F. Serpillon, *Code criminel*, 1761, t. III, pp. 601-647.

¹⁹³ 38 Es lo que precisa la declaración del 4 de marzo de 1724 sobre las reincidencias de robo, o la del 18 de julio de 1724 referente a la vagancia. Un joven, que no tenía edad de ir a galeras, permanecía en un correccional hasta el momento en que se le podía enviar a aquéllas, a veces para purgar allí la totalidad de su pena. Cf. *Crime et criminalité en France sous l'Ancien Régime*, 1971, pp. 266ss.

¹⁹⁴ 39 *Hospital general*: hay que tener en cuenta que en la Edad Media el concepto de hospital era más amplio, y no sólo se recibían en él enfermos. [T.]

¹⁹⁵ 40 *Lettre de cachet*: carta cerrada con el sello real, en la que por lo general se ordenaba el encarcelamiento o el destierro de una persona. [T.]

¹⁹⁶ 41 F. Serpillon, *Code criminel*, 1767, t. III, p. 1095.

figura e instrumento privilegiado del despotismo, insisten los reformadores, en innumerables declamaciones: "¿Qué se dirá de esas prisiones secretas imaginadas por el espíritu fatal del monarquismo, reservadas principalmente o para los filósofos en manos de los cuales puso la naturaleza su antorcha y que se atreven a iluminar su siglo, o para esas almas altivas e independientes que no incurren en la cobardía de callar los males de su patria; prisiones cuyas funestas puertas son abiertas por cartas misteriosas que sepultan para siempre en aquéllas a sus desdichadas víctimas? ¿Qué se dirá incluso de esos documentos, obras maestras de una ingeniosa tiranía, que echan abajo el privilegio que tiene todo ciudadano de ser oído antes de ser juzgado, y que son mil veces más peligrosas para los hombres que la invención de Falaris...?"¹⁹⁷ Sin duda, estas protestas procedentes de horizontes tan diversos conciernen no a la prisión como pena legal, sino a la utilización "al margen de la ley" de la detención arbitraria e indeterminada. No es menos cierto que la prisión aparecía, de una manera general, como marcada por los abusos del poder. Y muchos Cuadernos de quejas la rechazan como incompatible con una buena justicia. Unas veces en nombre de los principios jurídicos clásicos: "Las prisiones, destinadas en la intención de la ley no a castigar sino a poner a buen recaudo sus personas..."¹⁹⁸ Otras veces en nombre (124) de los efectos de la prisión que castiga ya a aquellos que aún no han sido condenados, que comunica y generaliza el daño que debería prevenir y que va contra el principio de la individualidad de las penas al sancionar a una familia entera; se dice que "la prisión no es una pena. La humanidad se levanta contra el espantoso pensamiento de que no es un castigo el de privar a un ciudadano del más precioso de los bienes, sumirlo ignominiosamente en la morada del crimen, arrancarlo a cuanto tiene de queriendo, precipitarlo quizá a la ruina y arrebatárle no solamente a él sino a su desventurada familia todos los medios de subsistencia".²⁰⁰ Y los Cuadernos, repetidas veces, piden la supresión de esas casas de reclusión: "Creemos que los reclusorios deben ser arrasados..."²⁰¹ Y en efecto, el decreto del 13 de marzo de 1790 ordena que se ponga en libertad "a todas las personas detenidas en los castillos, casas religiosas, correccionales, casas de policía u otras prisiones cualesquiera, ya fuera por *lettres de cachet* o por orden de los agentes del poder ejecutivo".

¿Cómo la detención, tan visiblemente unida a ese ilegalismo que se denuncia hasta en el poder del príncipe, ha podido y en tan poco tiempo convertirse en una de las formas más generales de los castigos legales?

La explicación que se da más frecuentemente, es la de la formación durante la edad clásica de algunos grandes modelos de prisión punitiva. Su prestigio, tanto más grande cuanto que los más recientes procedían de Inglaterra y sobre todo de América, parece haber permitido superar el doble obstáculo constituido por las reglas seculares del derecho y el funcionamiento despótico de la prisión. Muy rápidamente, parecen haber barrido las maravillas punitivas imaginadas por los reformadores, e impuesto la realidad seria de la detención. La importancia de estos modelos ha sido grande, a no dudarlo. Pero son ellos precisamente los que antes incluso de proporcionar la solución plantean los problemas: el de su existencia y el de su difusión. ¿Cómo han podido nacer y sobre todo cómo han podido ser aceptados de una manera tan general? Porque es fácil demostrar que si bien ofrecen con los principios generales de la reforma penal cierto número de analogías, (125) les son en muchos puntos totalmente heterogéneos, y a veces hasta incompatibles.

¹⁹⁷ El toro de Falaris de Agrigento. [T.]

¹⁹⁸ J. P. Brissot, *Théorie des lois criminelles*, 1781, t. I, p. 173.

¹⁹⁹ Paris intra muros (Nobleza) citado en A. Desjardín, *Les Cahiers de doléance et la justice criminelle*, p. 477.

²⁰⁰ Langres, "Trois Ordres", citado, *ibid.*, p. 483.

²⁰¹ Briey, "Tiers État", citado, *ibid.*, p. 484. Cf. P. Goubert y M. Denis, *Les Français ont la parole*, 1964, p. 203. Se encuentran también en los Cuadernos peticiones para la conservación de casas de detención que las familias podrían utilizar.

El más antiguo de estos modelos, el que pasa por haber inspirado, de cerca o de lejos, todos los demás, es el Rasphuis de Amsterdam abierto en 1596.²⁰² Estaba destinado en principio a mendigos o a malhechores jóvenes. Su funcionamiento obedecía a tres grandes principios: la duración de las penas, al menos dentro de ciertos límites, podía estar determinada por la propia administración, de acuerdo con la conducta del preso (esta latitud podía por lo demás estar prevista en la sentencia: en 1597 se condenaba a un detenido a doce años de prisión, que podían reducirse a ocho, si su comportamiento era satisfactorio). El trabajo era obligatorio, se hacía en común (por otra parte, la celda individual no se utilizaba sino a título de castigo suplementario; los detenidos dormían 2 o 3 por lecho, en celdas en que vivían de 4 a 12 personas), y por el trabajo hecho, los presos recibían un salario. En fin, un empleo de tiempo estricto, un sistema de prohibiciones y de obligaciones, una vigilancia continua, unas exhortaciones, unas lecturas espirituales, todo un juego de medios para "atraer al bien" y "apartar del mal", rodeaba a los presos cotidianamente. Se puede tomar el Rasphuis de Amsterdam como una figura de base. Históricamente, constituye el vínculo entre la teoría, característica del siglo XVI, de una transformación pedagógica y espiritual de los individuos por un ejercicio continuo, y las técnicas penitenciarias imaginadas en la segunda mitad del siglo XVIII. Y ha dado a las tres instituciones instauradas entonces los principios fundamentales que cada una habría de desarrollar en una dirección particular.

El correccional de Gante ha organizado sobre todo el trabajo penal en torno de imperativos económicos. Se aduce la razón de que la ociosidad es la causa general de la mayoría de los delitos. Una información —una de las primeras sin duda— hecha sobre los condenados en la jurisdicción de Alost, en 1749, demuestra (126) que los malhechores no eran "artesanos ni labradores (los obreros piensan únicamente en el trabajo que los alimenta), sino holgazanes dedicados a la mendicidad".²⁰³ De ahí, la idea de una casa que garantizase en cierto modo la pedagogía universal del trabajo para aquellos que se muestran refractarios al mismo. Cuatro ventajas: disminuir el número de las diligencias criminales que son costosas al Estado (de este modo, se podrían economizar en Flandes más de 100 000 libras); no estar ya obligado a hacer remisiones de impuestos a los propietarios de bosques asolados por los vagabundos; formar una multitud de obreros nuevos, lo que "contribuiría, por la competencia, a disminuir la mano de obra"; en fin,

²⁰² Cf. Thorsten Sellin, *Pioneering in Penology*, 1944, que da un estudio exhaustivo del Rasphuis y del Spinhuis de Amsterdam. Se puede pasar por alto otro "modelo" citado con frecuencia en el siglo XVIII. Es el propuesto por Mabillon en las *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, reditado en 1845. Parece ser que este texto fue exhumado en el siglo XIX en el momento en que los católicos disputaban a los protestantes el lugar que habían lomado en el movimiento de la filantropía y en algunas administraciones. El opúsculo de Mabillon, que parece haberse mantenido poco conocido y sin influencia, demostraría que "el primer pensamiento del sistema penitenciario norteamericano" es un "pensamiento totalmente monástico y francés, a pesar de todo lo que se haya podido decir para darle un origen ginebrino o pensil-vanio" (L. Faucher).

²⁰³ Vilan XIV, *Mémoire sur les moyens de corriger les malfaiteurs*, 1773, p. 64. Esta memoria, vinculada a la fundación del correccional de Gante, ha permanecido inédita hasta 1841. La frecuencia de las penas de destierro acentuaba todavía más las relaciones entre delito y vagancia. En 1771, los Estados de Flandes hacían constar que "las penas de destierro pronunciadas contra los mendigos quedan sin efecto, ya que los Estados se devuelven recíprocamente los individuos perruciosos que encuentran en su suelo. Resulta de esto que un mendigo expulsado así de lugar en lugar acabará por hacerse ahorcar, mientras que si se le hubiera habituado al trabajo, no llegaría a este mal camino" (L. Stoobant, en *Annales de la Société d'histoire de Gand*, t. III, 1898, p. 228). Cf. lámina 15.

permitir que los verdaderos pobres se beneficiaran, sin compartirla, de la caridad necesaria.²⁰⁴ Esta pedagogía tan útil reconstituirá en el individuo perezoso la afición al trabajo, lo obligará a colocarse en un sistema de intereses en el que el trabajo será más ventajoso que la pereza, y formará en torno suyo una pequeña sociedad reducida, simplificada y coercitiva en la que aparecerá claramente la máxima: quien quiera vivir debe trabajar. Obligación del trabajo, pero también retribución que permita al preso mejorar su suerte durante el periodo de detención y después de él. "El hombre que no encuentra su subsistencia tiene absolutamente que ceder al deseo de procurársela por el trabajo; se le ofrece por el buen orden y la disciplina; se le fuerza en cierto modo a plegarse a ellos; el señuelo de la ganancia le anima después; corregidas sus costumbres, habituado a trabajar, alimentado sin inquietud, con algunas ganancias que guarda para su salida", ha aprendido un oficio "que le garantiza una subsistencia sin peligro".²⁰⁵ Reconstrucción del *homo oeconomicus*, que excluye el empleo de penas demasiado breves —lo cual impediría la adquisición de técnicas y de la afición del trabajo—, o definitivas —lo que haría inútil todo aprendizaje. "El término de seis meses es demasiado corto para corregir a los criminales, y despertar (127) en ellos el espíritu de trabajo"; en cambio, "la perpetuidad los desespera; son indiferentes a la corrección de las costumbres y al espíritu de trabajo; sólo se ocupan de proyectos de evasión y de insurrección; y puesto que no se ha juzgado oportuno privarlos de la vida, ¿por qué tratar de hacérsela insoportable?"²⁰⁶ La duración de la pena sólo tiene sentido en reacción con una corrección posible y con una utilización económica de los criminales corregidos.

Al principio del trabajo, el modelo inglés agrega, como condición esencial para la corrección, el aislamiento. Su esquema fue dado en 1775, por Hanway, que lo justificaba en primer lugar por razones negativas: la promiscuidad en la prisión proporciona malos ejemplos y posibilidades de evasión inmediatamente, y de chantaje o de complicidad en el futuro. La prisión se parecería demasiado a una manufactura si se dejara a los detenidos trabajar en común. Las razones positivas, después: el aislamiento constituye un "choque terrible" a partir del cual el condenado, al escapar a las malas influencias, puede reflexionar y descubrir en el fondo de su conciencia la voz del bien; el trabajo solitario se convertirá entonces en un ejercicio tanto de conversión como de aprendizaje; no reformará simplemente el juego de intereses propio del *homo oeconomicus*, sino también los imperativos del sujeto moral. La celda, esa técnica del monacato cristiano que no subsistía más que en los países católicos, pasa a ser en esta sociedad protestante el instrumento por el cual se puede reconstituir a la vez el *homo oeconomicus* y la conciencia religiosa. Entre el delito y el regreso al derecho y a la virtud, la prisión constituirá un "espacio entre dos mundos", un lugar para las transformaciones individuales que restituirán al Estado los súbditos que había perdido. Aparato para modificar a los individuos que Hanway llama un "reformatorio".²⁰⁷ Estos principios generales son los que Howard y Blackstone ponen en obra en 1779, cuando la independencia de los Estados Unidos impide las deportaciones y se prepara una ley para modificar el sistema de las penas. El encarcelamiento, con fines de transformación del alma y de la conducta, hace su entrada en el sistema de las leyes civiles. El preámbulo de la ley, redactado por Blackstone y Howard, describe la prisión individual en su triple función de ejemplo temible, de instrumento de conversión y de condición para un aprendizaje: sometidos "a una detención aislada, a un trabajo regular y a la influencia de (128) la instrucción religiosa", algunos criminales podrían "no sólo inspirar el terror a quienes se sintieran movidos a imitarlos, sino también corregirse ellos mismos y adquirir el hábito del trabajo".²⁰⁸ De ahí la decisión de construir dos penitenciarías, una para los

²⁰⁴ 46 Vilan XIV, *Mémoire*, p. 68.

²⁰⁵ 47 *Ibid.*, p. 107.

²⁰⁶ 48 *Ibid.*, pp. 102-103.

²⁰⁷ 49 J. Hanway, *The defects of police*, 1775.

²⁰⁸ 50 Preámbulo del *Bill* de 1779, citado por Julius, *Leçons sur les prisons*, trad. francesa, 1831, I.

hombres, otra para las mujeres, donde los presos aislados estarían obligados "a los trabajos más serviles y más compatibles con la ignorancia, la negligencia y la terquedad de los criminales": caminar en el interior de una rueda para mover una máquina, fijar un cabrestante, pulimentar mármol, agramar cáñamo, raspar palo de campeche, triturar trapos, hacer sogas y sacos. En realidad, sólo se construyó una penitenciaría, la de Gloucester, que no respondía sino parcialmente al esquema inicial: confinamiento total para los criminales más peligrosos; para los otros, trabajo de día en común y separación de noche.

En fin, el modelo de Filadelfia. El más famoso sin duda porque aparecía unido a las innovaciones políticas del sistema norteamericano y también porque no estuvo condenado como los otros al fracaso inmediato y al abandono; fue continuamente proseguido y transformado hasta las grandes discusiones de los años 1830 sobre la reforma penitenciaria. En muchos puntos, la prisión de Walnut Street, abierta en 1790, bajo la influencia directa de los medios cuáqueros, reproducía el modelo de Gante y de Gloucester.²⁰⁹ Trabajo obligatorio en talleres, ocupación constante de los presos, financiación de la prisión por este trabajo, pero también retribución individual de los presos para garantizar su reinserción moral y material en el mundo estricto de la economía; los condenados son, pues, "empleados constantemente en trabajos productivos para hacer que soporten los gastos de la prisión, para no dejarlos inactivos y para que tengan preparados algunos recursos en el momento en que su cautividad haya de cesar".²¹⁰ La vida está, por lo tanto, dividida de acuerdo con un empleo del tiempo absolutamente estricto, bajo una vigilancia ininterrumpida; cada instante del día tiene marcada su ocupación, prescrito un tipo de actividad, y lleva consigo sus obligaciones y sus prohibiciones: "Todos los presos se levantan al apuntar el día, de (129) manera que después de haber hecho sus camas, de haberse aseado, lavado y haberse ocupado de otras necesidades, comienzan generalmente su trabajo al salir el sol. A partir de este momento, nadie puede ir a las salas u otros lugares, como no sea a los talleres y sitios fijados para sus trabajos... Al caer la tarde, suena una campana que les avisa que dejen el trabajo... Se les da media hora para arreglar sus camas, tras de lo cual no se les permite ya conversar en voz alta ni hacer el menor ruido."²¹¹ Lo mismo que en Gloucester, el confinamiento solitario no es total; lo es para algunos condenados a los que en otro tiempo se les hubiera aplicado la pena de muerte, y para aquellos que en el interior de la prisión merecen un castigo especial: "Allí, sin ocupación, sin nada que lo distraiga, en la espera y la incertidumbre del momento de su liberación", el preso pasa "largas horas ansiosas, encerrado en las reflexiones que acuden al espíritu de todos los culpables".²¹² Como en Gante, en fin, la duración de la prisión puede variar con la conducta del preso: los inspectores de la prisión, después de consultar el historial de cada uno, obtienen de las autoridades —y esto sin dificultad hasta los años 1820 aproximadamente— el indulto de los que se han portado bien.

Walnut Street tiene además cierto número de rasgos que le son específicos, o que al menos desarrollan lo que se hallaba virtualmente presente en los otros modelos. En primer lugar, el principio de la no publicidad de la pena. Si la sentencia y lo que la motivó deben ser conocidos de todos, la ejecución de la pena, en cambio, debe cumplirse en secreto; el público no tiene por qué intervenir ni como testigo ni como fiador del castigo; la certidumbre de que, detrás de los muros, el

p. 299.

²⁰⁹ 51 Los cuáqueros conocían también indudablemente el Rasphuis y el Spin-huis de Amsterdam. Cf. T. Sellin, *Pioneering in penology*, pp. 109-110. De todos modos, la prisión de Walnut Street seguía la línea de la Almhouse abierta en 1767 y de la legislación penal que los cuáqueros habían querido imponer a pesar de la administración inglesa.

²¹⁰ 52 G. de La Rochefoucauld-Liancourt, *Des prisons de Philadelphie*, 1796, p. 9.

²¹¹ 53 J. Turnbull, *Visite à la prison de Philadelphie*, trad. francesa, 1797, pp. 15-16.

²¹² 54 Caleb Lownes, en N. K. Teeters, *Cradle of penitentiary*, 1955, p. 49.

preso cumple su pena debe bastar para constituir un ejemplo: con ello se acaban los espectáculos callejeros a los que la ley de 1786 había dado lugar al imponer a algunos condenados a trabajos públicos la ejecución de éstos en las ciudades o en las carreteras.²¹³ El castigo y la corrección que debe obrar son procesos que se desarrollan entre el preso (130) y aquellos que lo vigilan. Procesos que imponen una transformación del individuo entero, de su cuerpo y de sus hábitos por el trabajo cotidiano a que está obligado, de su espíritu y de su voluntad, por los cuidados espirituales de que es objeto: "Se suministran Biblias y otros libros de religión práctica; el clero de las diferentes obediencias que se encuentra en la ciudad y los arrabales presta el servicio una vez a la semana, y toda otra persona edificante puede tener en cualquier momento comunicación con los presos."²¹⁴ Pero corresponde a la propia administración la obra de dicha transformación. La soledad y la reflexión sobre la propia conducta no basta, como tampoco las exhortaciones puramente religiosas. Debe hacerse tan frecuentemente como sea posible un trabajo sobre el alma del preso. La prisión, aparato administrativo, será al mismo tiempo una máquina de modificar los espíritus. Cuando el preso entra, se le lee el reglamento; "al mismo tiempo, los inspectores tratan de fortalecer en él sus obligaciones morales; le hacen ver la infracción que ha cometido respecto de aquéllas y el daño que resulta para la sociedad que lo protegía, así como la necesidad de compensarlo por su ejemplo y su enmienda. Lo animan a continuación a cumplir con su deber con alegría, a conducirse decentemente, prometiéndole o haciéndole esperar que antes de que expire el término de la sentencia podrá obtener su libertad, si se porta bien... De cuando en cuando, los inspectores se consideran en la obligación de conversar con los criminales, uno tras otro, respecto de sus deberes como hombres y como miembros de la sociedad".²¹⁵

Pero lo más importante, sin duda, es que este control y esta transformación del comportamiento van acompañados —a la vez condición y consecuencia— de la formación de un saber de los individuos. Al mismo tiempo que el propio condenado, la administración de Walnut Street recibe un informe sobre su delito, sobre las circunstancias en que fue cometido, un resumen del interrogatorio del inculcado, unas notas en cuanto a la manera en que se condujo antes y después de la sentencia. Otros tantos elementos indispensables si se quiere "determinar cuáles serán los cuidados necesarios para destruir sus antiguos hábitos".²¹⁶ Y (131) durante todo el tiempo del encarcelamiento será observado; se consignará su conducta cotidianamente, y los inspectores —doce notables de la ciudad designados en 1795—, que, de dos en dos, visitan la prisión cada semana, deben informarse de lo que ha ocurrido, enterarse de la conducta de cada preso y designar aquellos cuyo perdón se ha de solicitar. Este conocimiento de los individuos, continuamente puesto al día, permite repartirlos en la prisión menos en función de sus delitos que de las disposiciones de que dan pruebas. La prisión se convierte en una especie de observatorio

²¹³ 55 Sobre los desórdenes provocados por esta ley, cf. B. Rush, *An inquiry into the effects of public punishments*, 1787, pp. 5-9, y Robert Vaux, *Notices*, p. 45. Hay que advertir que en el informe de J.-L. Siegel que había inspirado el Rasphuis de Amsterdam, estaba previsto que las penas no se proclamarían públicamente, que los presos serían conducidos de noche al correccional, que los guardianes se comprometerían bajo juramento a no revelar la identidad de aquéllos y que no se permitiría visita alguna (T. Sellin, *Pioneering in penology*, pp. 27-28).

²¹⁴ 50 Primer informe de los inspectores de Walnut Street, citado por Teeters, pp. 53-54.

²¹⁵ 57 J. Turnbull, *Visite à la prison de Philadelphie*, trad. de 1797, p. 27.

²¹⁶ 58 B. Rush, que fue uno de los inspectores, nota lo siguiente después de una visita a Walnut Street: "Cuidados morales: predicación, lectura de buenos libros, limpieza de las ropas y de las habitaciones, baños; no se levanta la voz, poco vino, la menor cantidad posible de tabaco, poca conversación obscena o profana. Trabajo constante; se ocupan del jardín; es bonito: 1200 coles." En N. K. Teeters, *The cradle of penitentiary*, 1935, p. 50.

permanente que permite distribuir las variedades del vicio o de la flaqueza. A partir de 1797, los presos estaban divididos en cuatro clases: la primera, la de aquellos que han sido explícitamente condenados al confinamiento solitario, o que han cometido en la prisión faltas graves; otra, reservada a los que son "muy conocidos como antiguos delincuentes... o cuya moral depravada, carácter peligroso, disposiciones irregulares o conducta desordenada" se haya manifestado durante el tiempo en que permanecían en prisión; otra para aquellos "cuyo carácter y circunstancias, antes y después de la condena, permiten creer que no son delincuentes habituales". En fin, existe una sección especial, una clase de prueba para aquellos cuyo carácter no se conoce todavía, o que, de ser mejor conocidos, no merecen entrar en la categoría precedente.²¹⁷ Todo un saber individualista se organiza, el cual toma como dominio de referencia no tanto el crimen cometido (al menos en estado aislado), sino la virtualidad de peligros que encierra un individuo y que se manifiesta en la conducta cotidianamente observada. La prisión funciona aquí como un aparato de saber.

Entre este aparato punitivo que proponen los modelos flamenco, inglés y norteamericano, entre estos "reformatorios" y todos los castigos imaginados por los reformadores, se pueden establecer los puntos de convergencia y las disparidades.

Puntos de convergencia. En primer lugar, la inversión temporal del castigo. Los "reformatorios" se atribuyen como función, ellos también, no la de borrar un delito, sino la de evitar que se repita. Son unos dispositivos dirigidos hacia el futuro, y dispuestos para bloquear la repetición del hecho punible. "El objeto de (52) las penas no es la expiación del delito, cuya determinación se debe abandonar al Ser supremo; sino prevenir los delitos de la misma especie."²¹⁸ Y en Pensilvania afirmaba Buxton que los principios de Montesquieu y de Beccaria debían tener ahora "fuerza de axiomas", "la prevención de los delitos es el único fin del castigo".²¹⁹ No se castiga, pues, para borrar un crimen, sino para transformar a un culpable (actual o virtual); el castigo debe llevar consigo cierta técnica correctiva. Aquí también, Rush se halla cercano a los juristas reformadores —a no ser, quizá, la metáfora que emplea— cuando dice: se han inventado máquinas que facilitan el trabajo; ¡cuánto más no se debería alabar a quien inventara "los métodos más rápidos y los más eficaces para volver a la virtud y a la felicidad a la parte más viciosa de la humanidad y para extirpar algo de todo el vicio que hay en el mundo!"²²⁰ En fin, los modelos anglosajones, como los proyectos de los legisladores y de los teóricos, exigen procedimientos para singularizar la pena: en su duración, su índole, su intensidad, la manera como se desarrolla, el castigo debe estar ajustado al carácter individual, y a lo que lleva en sí de peligroso para los demás. El sistema de las penas debe estar abierto a las variables individuales. En su esquema general, los modelos más o menos derivados del Rasphuis de Amsterdam no se hallaban en contradicción con lo que proponían los reformadores. Se podría incluso pensar a primera vista que no eran sino su desarrollo —o su esbozo— al nivel de las instituciones concretas.

Y, sin embargo, la disparidad se manifiesta no bien se trata de definir las técnicas de esta corrección individualizadora. Donde se marca la diferencia es en el procedimiento de acceso al

²¹⁷ 59 "Minutes of the Board", 16 de junio de 1797, citado en N. K. Teeters, *loc. cit.*, p. 59.

²¹⁸ 60 W. Blackstone, *Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre*, trad. francesa, 1776, p. 19.

²¹⁹ 61 W. Bradford, *An inquiry how far the punishment of death is necessary in Pennsylvania*, 1793, p. 3.

²²⁰ 62 B. Rush, *An inquiry into the effects of public punishments*, 1787, p. 14. Esta idea de un aparato que transforme se encuentra ya en Hanway en el proyecto de un "reformatorio": "La idea de hospital y la de malhechor son incompatibles; pero probemos a hacer de la prisión un reformatorio (*reformatory*) auténtico y eficaz, en lugar de que sea como los otros una escuela de vicio." (*Defects of police*, p. 52.)

individuo, la manera en que el poder punitivo hace presa en él, los instrumentos que emplea para asegurar dicha transformación; es en la tecnología de la pena, no en su fundamento teórico; en la relación que establece con el cuerpo y el alma, y no en la manera en que se introduce en el interior del sistema del derecho.

Consideremos el método de los reformadores. ¿El punto sobre (133) el que recae la pena, aquello por lo que ejerce presa sobre el individuo? Las representaciones: representación de sus intereses, representación de sus ventajas, de las desventajas, de su gusto y de su desagrado; y si ocurre que el castigo se apodera del cuerpo, aplicarle unas técnicas que no tienen nada que envidiar a los suplicios, es en la medida en que constituye —para el condenado y para los espectadores— un objeto de representación. ¿El instrumento por el cual se actúa sobre las representaciones? Otras representaciones, o más bien unos acoplamientos de ideas (crimen-castigo, ventaja imaginada del delito-desventaja advertida de los castigos); estos emparejamientos no pueden funcionar sino en el elemento de la publicidad: escenas punitivas que los establecen o los refuerzan a los ojos de todos, discursos que los hacen circular y revalorizan a cada instante el juego de los signos. El papel del delincuente en el castigo es el de reintroducir, frente al código y a los delitos, la presencia real del significado, es decir de esa pena que según los términos del código debe estar infaliblemente asociada a la infracción. Producir en abundancia y a la evidencia este significado, reactivar con ello el sistema signifiante del código, hacer funcionar la idea de delito como un signo de castigo, con esta moneda es con la que el malhechor paga su deuda a la sociedad. La corrección individual debe, pues, asegurar el proceso de recalificación del individuo como sujeto de derecho, por el fortalecimiento de los sistemas de signos y de las representaciones que hacen circular.

El aparato de la penalidad correctiva actúa de una manera completamente distinta. El punto de aplicación de la pena no es la representación, es el cuerpo, es el tiempo, son los gestos y las actividades de todos los días; el alma también, pero en la medida en que es asiento de hábitos. El cuerpo y el alma, como principios de los comportamientos, forman el elemento que se propone ahora a la intervención punitiva. Más que sobre un arte de representaciones, ésta debe reposar sobre una manipulación reflexiva del individuo: "Todo delito tiene su curación en la influencia física y moral"; es preciso, pues, para determinar los castigos, "conocer el principio de las sensaciones y de las simpatías que se producen en el sistema nervioso."²²¹ En cuanto a los instrumentos utilizados, no son ya juegos de representación que se refuerzan y se hacen circular, sino formas de coerción, esquemas de coacción aplicados y repetidos. Ejercicios, no signos: horarios, empleos de tiempo, movimientos obligatorios, actividades regulares, meditación (134) solitaria, trabajo en común, silencio, aplicación, respeto, buenas costumbres. Y finalmente lo que se trata de reconstituir en esta técnica de corrección, no es tanto el sujeto de derecho, que se encuentra prendido de los intereses fundamentales del pacto social; es el sujeto obediente, el individuo sometido a hábitos, a reglas, a órdenes, a una autoridad que se ejerce continuamente en torno suyo y sobre él, y que debe dejar funcionar automáticamente en él. Dos maneras, pues, bien distintas de reaccionar a la infracción: reconstituir el sujeto jurídico del pacto social, o formar un sujeto de obediencia plegado a la forma a la vez general y escrupulosa de un poder cualquiera.

Todo esto no constituía quizá sino una diferencia bien especulativa —ya que en suma se trata en ambos casos de formar individuos sometidos—, si la penalidad "de coerción" no llevara consigo algunas consecuencias capitales. El encauzamiento de la conducta por el pleno empleo del tiempo, la adquisición de hábitos, las coacciones del cuerpo implican entre el castigado y quien lo castiga una relación muy particular. Relación que no vuelve simplemente inútil la dimensión del espectáculo: lo excluye.²²² El agente de castigo debe ejercer un poder total, que ningún tercero

²²¹ 63 B. Rush, *An inquiry into the effects of public punishments*, 1787, p. 13.

²²² 64 Cf. las críticas que Rush hacía de los espectáculos punitivos, en particular de los que había imaginado Dufriche de Valazé. *An inquiry into the effects of public punishments*, 1787,

puede venir a perturbar; el individuo al que hay que corregir debe estar enteramente envuelto en el poder que se ejerce sobre él. Imperativo del secreto. Y, por lo tanto, también autonomía al menos relativa de esta técnica de castigo: deberá tener su funcionamiento, sus reglas, sus técnicas, su saber; deberá fijar sus normas, decidir en cuanto a sus resultados: discontinuidad o en todo caso especificidad en relación con el poder judicial que declara la culpabilidad y fija los límites generales del castigo. Ahora bien, estas dos consecuencias —secreto y autonomía en el ejercicio del poder de castigar— son exorbitantes para una teoría y una política de la penalidad que se proponían dos fines: hacer participar a todos los ciudadanos en el castigo del enemigo social; volver el ejercicio del poder de castigar enteramente adecuado y transparente a las leyes que públicamente lo delimitan. Unos castigos secretos y no codificados por la legislación, un poder de castigar ejerciéndose en la sombra según unos criterios y con unos instrumentos que se sustraen al control, es toda la estrategia de la reforma en peligro de comprometerse. Después de la sentencia constituye un poder que hace pensar en el que se ejercía en el antiguo sistema. El poder que aplica las penas amenaza ser tan arbitrario, (135) tan despótico como lo era aquel que antaño decidía en cuanto a aquéllas.

En suma, la divergencia es ésta: ¿ciudad punitiva o institución coercitiva? De un lado, un funcionamiento del poder penal, repartido en todo el espacio social; presente por doquier como escena, espectáculo, signo, discurso; legible como a libro abierto; operando por una recodificación permanente del espíritu de los ciudadanos; garantizando la represión del delito por esos obstáculos puestos a la idea del mismo; actuando de manera invisible e inútil sobre las "fibras flojas del cerebro", como decía Servan. Un poder de castigar que corriese a lo largo de todo el sistema social, que actuara en cada uno de sus puntos y acabara por no ser ya percibido como poder de unos cuantos sobre unos cuantos, sino como reacción inmediata de todos con respecto de cada uno. De otro lado, un funcionamiento compacto del poder de castigar: un tomar escrupulosamente a cargo el cuerpo y el tiempo del culpable, un encuadramiento de sus gestos, de su conducta, por un sistema de autoridad y de poder; una ortopedia concertada que se aplica a los culpables a fin de enderezarlos individualmente; una gestión autónoma de ese poder que se aísla tanto del cuerpo social como del poder judicial propiamente dicho. Lo que queda comprometido en la emergencia de la prisión es la institucionalización del poder de castigar, o más precisamente: el poder de castigar (con el objetivo estratégico que él mismo se ha atribuido a fines del siglo XVIII, la reducción de los ilegalismos populares), ¿estará más garantizado ocultándose bajo una función social general, en la "ciudad punitiva", o informando una institución coercitiva, en el lugar cerrado del "reformatorio"?

En todo caso, puede decirse que al final del siglo XVIII nos encontramos ante tres maneras de organizar el poder de castigar: la primera es la que funcionaba todavía y se apoyaba sobre el viejo derecho monárquico. Las otras se refieren ambas a una concepción preventiva, utilitaria, correctiva, de un derecho de castigar que pertenecía a la sociedad entera; pero son muy diferentes una de otra, al nivel de los dispositivos que dibujan. Esquemmatizando mucho, puede decirse que, en el derecho monárquico, el castigo es un ceremonial de soberanía; utiliza las marcas rituales de la venganza que aplica sobre el cuerpo del condenado; y despliega a los ojos de los espectadores un efecto de terror tanto más intenso cuanto que es discontinuo, irregular y siempre por encima de sus propias leyes, la presencia física del soberano y de su poder. En el proyecto de los juristas reformadores, el castigo es un procedimiento para recalificar a los individuos como (136) sujetos de derecho; utiliza no marcas, sino signos, conjuntos cifrados de representaciones, a los que la escena de castigo debe asegurar la circulación más rápida y la aceptación más universal posible. En fin, en el proyecto de institución carcelaria que se elabora, el castigo es una técnica de coerción de los individuos; pone en acción procedimientos de sometimiento del cuerpo —no signos—, con los rastros que deja, en forma de hábitos, en el comportamiento; y supone la instalación de un poder

específico de gestión de la pena. El soberano y su fuerza, el cuerpo social, el aparato administrativo. La marca, el signo, el rastro. La ceremonia, la representación, el ejercicio. El enemigo vencido, el sujeto de derecho en vías de recalificación, el individuo sujeto a una coerción inmediata. El cuerpo objeto del suplicio, el alma cuyas representaciones se manipulan, el cuerpo que se domina: tenemos aquí tres series de elementos que caracterizan los tres dispositivos enfrentados unos a otros en la última mitad del siglo XVIII. No se los puede reducir ni a teorías del derecho (aunque coinciden con ellas) ni identificarlos a aparatos o a instituciones (aunque se apoyen en ellos) ni hacerlos derivar de opciones morales (aunque encuentren en ellas su justificación). Son modalidades según las cuales se ejerce el poder de castigar. Tres tecnologías de poder. El problema es entonces éste: ¿cómo se ha impuesto finalmente la tercera? ¿Cómo el modelo coercitivo, corporal, solitario, secreto, del poder de castigar ha sustituido al modelo representativo, escénico, significativo, público, colectivo? ¿Por qué el ejercicio físico del castigo (y que no es el suplicio) ha sustituido, junto con la prisión que es su soporte institucional, el juego social de los signos de castigo y de la fiesta parlanchina que los hacía circular?

bo, tras haber redactado de nuevo el apartado 2 del art. 8, que excluye la limitación legal del contenido esencial de un derecho fundamental, tras la antigua fórmula del apartado 1 del art. 54 que no excluía expresamente la pena de muerte.

Parece que la decisión del Tribunal Constitucional ha puesto el punto final al debate secular sobre la pena de muerte en Hungría. La opinión pública se ve obligada a aceptar que no es aplicable a nadie, ni al asesino, ni al terrorista, ni al criminal político. Su abolición es absoluta, válida tanto en el ámbito de la justicia militar, como en caso de estado de sitio o de peligro de guerra, así como en las demás situaciones excepcionales.

Sin duda cabe esperar más consecuencias jurídicas de la abolición, esencialmente en base a dos puntos esenciales: por un lado, quedan por regular, por vía legislativa, las cuestiones de la pena que deberá sustituir a la pena capital, es decir la reclusión a cadena perpetua. Se trata para los juristas de saber si esa «privación de libertad de por vida» consistirá aún en purgar veinte años de cárcel, tal y como lo estipulan las disposiciones actuales, antes de poder acceder a la libertad condicional. Y queda por regular el problema del plazo de prescripción de las infracciones sujetas a la privación de libertad de por vida. Por otro lado, hay que preparar el trabajo del Parlamento dirigido a la proclamación ineluctable de la abolición de la pena de muerte en la nueva Constitución. No se puede aún predecir la fecha de esa nueva Constitución, pero sin duda la constitucionalidad de la justicia penal y la legalidad de la abolición de la pena de muerte exigen esa redacción.

LA PENNA DE MUERTE EN LOS ESTADOS UNIDOS EN LOS ALBORES DEL TERCER MILENIO

Leonard L. CAVISE (*)

La pena de muerte se distingue de todos los demás tipos de sanción penal, no precisamente en su intensidad sino en su forma. Es única por su total irrevocabilidad, su rechazo a la rehabilitación del culpable como objetivo fundamental de la justicia penal y, finalmente, por su absoluto desprecio hacia todo lo que encarna la noción de humanidad. (1)

(*) Associate Professor of Law, Facultad de Derecho, DePaul University, Chicago, IL. El autor desea agradecer a LINDA PANKO, DEPAUL (1994) por su colaboración y a SALOMÉ SAVOUILLAN (Facultad de Derecho, Universidad de Poitiers, Angoulême), así como a FRÉDÉRIQUE BELLET (Universidad de París, Pantheon-Sorbona) por la traducción.

(1) *Furman v. George*, 408 U.S., 238, 306, 1972 (Justice Stewart).

INTRODUCCION

El problema de la pena de muerte suscita siempre polémicos debates en los Estados Unidos, a pesar de que el Tribunal Supremo extiende su aplicación a crímenes que antes no se veían sujetos a la misma y, a su vez, restringe y limita el alcance de los recursos ante los Tribunales de Apelación. Recientes sondeos de opinión revelan que el 80% de los americanos están a favor de la pena capital, porcentaje que no se había alcanzado nunca desde mediados de los años 1930. El sentimiento americano respecto a la pena de muerte crece de forma ascendente, paralelamente al del índice de criminalidad violenta. Los argumentos y justificaciones penales de prevención, de retribución y de utilitarismo han permitido a menudo justificar la más extrema de las penas. A pesar de que se presenta generalmente la prevención del crimen como el razonamiento más convincente, los Americanos parecen mostrarse más sensibles al castigo del homicida que a los conceptos de humanidad.

Los abolicionistas de la pena de muerte la consideran como la más salvaje, cruel e insólita de las sanciones y estiman que su aplicación, por parte de los Estados, infringe toda forma honrada de justicia. Piensan que se impone de manera arbitraria y discriminatoria con respecto a las minorías (en particular las Afro-Americanas) y los indigentes (2) y lo que es totalmente indignante es que sea aplicada a menores. Finalmente, reconocen que ninguna garantía, ni siquiera la más rigurosa, permite asegurar que inocentes no se vean condenados por error a la pena de muerte.

Según muestra un estudio (3), entre 1900 y 1985, 349 inocentes habrían sido declarados, por error, culpables de infracciones que

(2) Los acusados de un delito sujeto a la pena de muerte a menudo no suelen disponer de los medios necesarios para contratar al abogado deseado. Deben no obstante ser asistidos por un consejero, designado por el Tribunal de Primera Instancia. Este abogado está a menudo mal preparado, mal equipado y poco experimentado. Numerosos abogados designados por la Apelación o los que entran en el caso incluso más tarde, han podido así expresar sus dudas sobre las pruebas presentadas por el consejero nombrado por el Tribunal y que ha contribuido así a la sentencia de muerte para su cliente.

(3) El estudio de HUGO ADAM BEDAU y MICHAEL RADELET se encuentra en *Miscarriages of justice in potentially capital cases*.

conllevan la aplicación de la pena de muerte. En muchos casos, dichas condenas fueron confirmadas en apelación pero, más tarde, nuevas pruebas permitieron establecer su inocencia o introducir dudas sobre su culpabilidad. La mayoría de esos detenidos fueron absueltos, indultados o se beneficiaron de una conmutación de pena o de un sobreseimiento. No obstante, 23 de ellos fueron ejecutados.

Los abolicionistas se remiten a la 8.^a Enmienda de la Constitución (4), que prohíbe las penas crueles y anormales. A pesar de ello, El Tribunal Supremo sigue afirmando que, si el detenido desea demostrar que la pena de muerte es una sentencia cruel e inusual, debe conseguir un consenso nacional en contra de ella. Esta postura va en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tiene por costumbre, en los demás casos, declarar que los derechos constitucionales son derechos absolutos que no admiten interpretaciones nuevas y que hay que respetar lo formulado por los redactores de la Constitución y de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), incluso cuando la sociedad parece pedir el resultado contrario. Ningún otro argumento constitucional sobre la pena de muerte ha podido persuadir a la Alta Corte de Justicia. La única esperanza de los condenados ante el Tribunal es el procedimiento. Sólo cuando las reglas de procedimiento no han sido respetadas, como garantía contra la fuerza arbitraria y discriminatoria de la pena de muerte, está dispuesto el Tribunal a invalidar la sentencia de muerte.

Algunos especialistas afirman que la finalidad de la pena capital debe consistir en imponer una sanción uniforme y desean la abolición de las decisiones arbitrarias y discriminatorias. Los problemas de la aplicación de la pena con igualdad de procedimiento se abordan más detalladamente en la 14.^a Enmienda (en las cláusulas *due process* y *equal protection*), apelando a la igualdad de protección de los detenidos y al cumplimiento de las cláusulas de procedimiento. En el pasado, se ha interpretado la 8.^a Enmienda para afirmar la regla de la proporcionalidad de las penas a las infracciones, lo que el Tribunal Supremo, de manera absolutamente conservadora, y en particular en los casos criminales, ha rechazado en un caso recién-

(4) No podrán ser impuestas ni fianzas ni multas excesivas, ni penas crueles e inhumanas (8.^a Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos).

te, considerando que la 8.ª Enmienda no garantiza dicha proporcionalidad (5). En el caso que nos ocupa, el detenido había alegado que una condena a cadena perpetua, sin posibilidad de revisión ni de puesta en libertad bajo palabra, constituía una pena cruel, inhumana y desproporcionada, en relación con la infracción por la que había sido condenado: la posesión de 650 gramos de cocaína. El Tribunal Supremo no se pronunció sobre el problema de la gravedad de la condena, alegando que las interpretaciones anteriores de la 8.ª Enmienda no hacían ninguna referencia a la prohibición de penas excesivas. Según la interpretación moderna del Tribunal Supremo de los años 80 y 90, la 8.ª Enmienda sólo sirve para prohibir algunos métodos de sanción, es decir: preconizar la inyección letal en lugar de la horca o de la silla eléctrica. Por lo tanto, cada Estado es libre de imponer las penas que considere oportunas sin temor a una refutación por parte del Tribunal Supremo. Transgrediendo no obstante la Constitución, el Tribunal ha considerado la pena de muerte desproporcionada con respecto a la infracción de violación. En este caso sin embargo, el Tribunal ha declarado que esa decisión difería más de la jurisprudencia del Tribunal sobre la pena de muerte que de la interpretación general de la 8.ª Enmienda (6). Conviene a pesar de todo recordar que cada pena, impuesta por un Tribunal de Primera Instancia, puede ser revocada, tanto por los Tribunales de Apelación del Estado como por el Tribunal Supremo del Estado.

Tras haber eliminado el principal obstáculo constitucional, el Tribunal Supremo fue a continuación progresivamente despejándose de las barreras de procedimiento y estatutarias, ampliando así la aplicación de la pena de muerte para declarar finalmente, abiertamente, que los Tribunales de los Estados Unidos estaban firmemente apegados a la pena de muerte. El objetivo de este artículo es evaluar el alcance de la pena de muerte en los Estados Unidos y analizar brevemente el contexto social en el que este problema se sitúa.

(5) *Harmelin c. Michigan*, 11 S. Ct. 2680, 2686 (1991). Sólo el Presidente del Tribunal, *Chief Justice Rehnquist*, respaldó la opinión de *Justice Scalia*.

(6) *Harmelin*, pág. 2701, confirma a *Rummel c. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980).

I. LA SITUACION ACTUAL DE LA PENA DE MUERTE EN LOS ESTADOS UNIDOS

A finales del año 1991, un número sin precedente de 2.541 personas se encontraban detenidas bajo sentencia de muerte en 34 Estados, condenadas tanto por Tribunales Militares como por los Tribunales Federales Civiles. Catorce condenados fueron ejecutados en 1991, elevando a 157 el número de ejecuciones en los Estados Unidos, desde la revisión efectuada por los Estados del Estatuto relativo a la pena de muerte, a mediados de los años 1970 (7). De los 2.541-condenados en espera de ver ejecutada su pena (8), 35 eran menores delincuentes (9) (los menores delincuentes son los que aún no han cumplido 18 años en la fecha en que fue cometida la infracción). Cuatro de ellos fueron ejecutados entre 1985 y finales de 1991. Veinticuatro Estados permiten la ejecución de los condenados de 15, 16 y 17 años (10).

La culpabilidad de esos jóvenes es a menudo discutible. Según Amnistía Internacional, la mayoría de esos menores delincuentes proceden de entornos muy desfavorecidos. Un gran número de ellos han sido víctimas de abusos sexuales, de violencias físicas, presentan alguna deficiencia mental o trastornos mentales, y tienen una inteligencia por debajo de la media. Se estima que 250 acusados

(7) Amnistía Internacional, *Desarrollos sobre la pena de muerte*, 1991, pág. 1.

(8) Según las estadísticas de la Oficina de Justicia del Ministerio de Justicia de Estados Unidos, los ocho acusados que llevan esperando el plazo de tiempo más largo están en el *Death Row* desde 1974. El plazo medio de espera para los que han sido ejecutados en 1990 fue de siete años y 11 meses.

(9) En el caso de *Stanford c. Kentucky*, la sentencia de muerte pronunciada sobre la persona de un menor de 16 años (en el momento del crimen) fue confirmada por el Tribunal Supremo, basándose en que ni la historia, ni ningún consenso social prohíbe aplicar la pena de muerte a menores (mayores de 15 años) que han matado a otro ser humano.

(10) Conviene recordar que, en la jurisprudencia americana, la justicia está repartida, en cada Estado, entre los Tribunales Federales y los Tribunales Estatales. Algunas sentencias de muerte suelen dictarse ocasionalmente a nivel Federal, pero la gran mayoría de los casos de pena de muerte (casi todos en lo que respecta a los homicidios) son instruidos por los Tribunales Estatales. Cada Estado tiene libertad para establecer su propia jurisprudencia, siempre que esta no sea contraria a la Constitución Federal. De hecho, once Estados no han incluido la pena de muerte en sus leyes.

han sido condenados a la pena de muerte en 1991 y 244 en 1990. Según las estadísticas de la Oficina de Justicia del Ministerio de Justicia de Estados Unidos, 101 personas han visto su pena anulada o sustituida, y 7 murieron en prisión antes de cumplir la totalidad de su pena. La clemencia (perdón oficial pronunciado habitualmente por el Gobernador del Estado en el que el acusado ha sido condenado) es en general concedida de forma excepcional. Entre 1985 y 1990, sólo 8 clemencias fueron dictadas (11). En el clima político actual de Estados Unidos, una petición de clemencia para salvar la vida de un acusado significa, con casi total seguridad, el fin de la carrera política de quien la haya concedido (12).

Debido al rápido crecimiento de la tasa de criminalidad y al fracaso en la aplicación de la ley por parte de las fuerzas policiales que luchan contra la criminalidad, la opinión pública americana considera la pena de muerte como un arma importante del arsenal anti-crímenes, a pesar de que no ha podido demostrarse ninguna relación directa entre la pena de muerte y la tasa de criminalidad. Al inicio de los años 1970, la pena de muerte fue proscrita; luego, en 1976, el Tribunal Supremo la restableció en los Estados con mayores garantías de procedimiento. Desde 1976, se han promulgado nuevas leyes incluyendo la pena capital, excepto en 11 Estados. En 1991, los partidarios de la pena capital lucharon con fuerza para conseguir la introducción de una legislación sobre la pena de muerte en esos 11 Estados abolicionistas. Pero sin éxito. Tejas, Florida, Luisiana, Georgia y Virginia continúan superando al resto de los Estados en lo que respecta al número de ejecuciones. El 22 de setiembre de 1992, Tejas ejecutó a su décimo acusado en lo que iba de año, por inyección letal (13). Casi todas las ejecuciones, a partir de 1976,

(11) Entre 1973 y 1990, un total de 4177 acusados han sido condenados a muerte y sólo 133 de ellos han visto su pena conmutada.

(12) El candidato demócrata a las Presidenciales de 1988, MICHAEL DUKAKIS, ha sido considerado como tolerante de cara a los criminales, debido a su aprobación de los programas de puesta en libertad (*early release*). La campaña de Bush acentuó esa imagen, convirtiéndose así en el *Willie Horton* de la política americana y consiguiendo que DUKAKIS perdiera un número importante de votos.

(13) El acusado había sido condenado por el asesinato de dos hombres, en el transcurso de un atraco a mano armada, y esperaba la ejecución de su pena desde 1976. Algunos tests psicológicos revelaron en él ciertas tendencias psicópatas, pero este elemento no había sido presentado ni en el juicio ni ante el Tribunal Supremo que, en dos ocasiones, se negó a intervenir.

han tenido lugar en el Sur, a pesar de que la tasa de criminalidad es más elevada en las grandes ciudades del Norte. Los Estados del Sur son, en efecto, de tendencia más conservadora y se muestran más favorables a leyes y métodos más estrictos y a programas anti-crímenes más severos. Finalmente, se dictan sentencias de muerte más a menudo en las zonas rurales que en los centros metropolitanos.

Los métodos de ejecución utilizados son muy variados: la inyección letal, la electrocución, el gas, el pelotón de ejecución (en Utah e Idaho únicamente) y la horca (Montana, New Hampshire y Washington). La inyección letal se ha convertido rápidamente en el método más popular, debido principalmente a su imagen sanitaria, «civilizada y suave», haciendo así que las ejecuciones sean mejor aceptadas por el público.

Desde el punto de vista racial, no ha habido modificación importante alguna. Las estadísticas sobre los condenados ejecutados en 1991 confirman estadísticas y estudios más antiguos, según los cuales los Afro-Americanos se venían más a menudo condenados a muerte y en particular cuando hay de por medio una víctima blanca. Por el contrario, es raro que un acusado blanco sea condenado a la pena de muerte por el asesinato de un negro. Según las estadísticas de Amnistía Internacional, los Afro-Americanos se ven entre cuatro y once veces más condenados a la pena de muerte que los blancos (14). En junio de 1991, un hombre blanco fue ejecutado, por primera vez desde 1944, por el asesinato de un Afro-Americano.

En los Estados Unidos existe todo un movimiento que pretende ampliar el alcance de la pena de muerte. En 1991, el Presidente Bush presentó un proyecto de ley sobre crímenes, ampliando el número de infracciones castigables con la aplicación de pena de muerte a más de 50 crímenes federales, incluidas algunas infracciones no atentatorias a la vida humana (15). Este proyecto recogía asimismo una limitación a las revisiones de los casos de pena de muerte, lle-

(14) Las estadísticas indican que el 90% de los homicidios en los Estados Unidos son interraciales.

(15) La postura americana sobre la pena de muerte es contraria a la de los derechos humanos internacionales. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado así que «... para garantizar plenamente el derecho a la vida, según el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es absolutamente necesario reducir progresivamente el número de infracciones sujetas a la aplicación de la pena de muerte, con el fin de abolir completamente esa forma de sanción en el mundo». *Resolución 28578 (XXVI)*, diciembre, 1971.

vadas a cabo a petición de *habeas corpus* federal (esta limitación ha sido una de las causas favoritas del Presidente del Tribunal Supremo, Rehnquist). El Presidente Bush calificó los recursos de apelación de *habeas corpus* de «frívolos» (16), a pesar de las estadísticas que demostraban que alrededor de un 40% de las sentencias de muerte dictadas por los distintos Estados en los últimos años habían sido anuladas por los Tribunales Federales, por error constitucional. A finales de 1992, la Administración Bush y el Congreso alcanzaban un *statu quo*, respecto a la versión final del proyecto del ley presentado ante el Congreso. En esa versión final se reconoce el derecho de los condenados a una petición de *habeas corpus*.

Intentar demostrar que la pena de muerte en los Estados Unidos está únicamente limitada a los actos de homicidio con agravantes puede ser decepcionante. Es cierto que en la ley de cada Estado suscrita a la pena de muerte, así como en la Ley Federal, la pena de muerte sólo es aplicable a los asesinatos en circunstancias agravantes. Esas circunstancias deben, además, ser precisadas en el Estatuto. Es, por ejemplo, muy popular aplicar la pena de muerte en el caso de asesinato de un policía, o de dos asesinatos en una misma serie de actos. Pero la doctrina americana de derecho penal subraya que una persona puede ser culpable de asesinato por el sólo hecho de haber ayudado a cometer el mismo, lo que puede igualmente conducirla a la pena de muerte. La persona que ayuda o incita al homicida es tan culpable como el autor principal. Hay que subrayar que otra doctrina de derecho penal, referente al homicida (la doctrina de *felony-murder*), se aplica también a la pena de muerte. Según esa doctrina, una persona que, al cometer un delito, causa la muerte de alguien, incluso si la muerte no es intencionada, e incluso si la muerte no es previsible, es a pesar de todo culpable de asesinato. Las circunstancias más conocidas son, por ejemplo, cuando la policía mata a alguien intentado responder a un ataque criminal, o cuando una víctima muere durante el delito por una circunstancia no esperada. Incluso si el acusado no ha matado a nadie, e incluso si la muerte resultante del delito no era de esperar, uno puede ser inculpaado de asesinato y, dado que ciertas circunstancias se

(16) El Presidente BUSH declaró: «Desde hace demasiado tiempo, la justicia se pronuncia más a favor de los criminales que a favor de los Americanos respetuosos con las leyes». Carta del Presidente BUSH a la *House Minority Leader*, dirigida a su representante ROBERT MICHEL, *New York Times*, 26 de noviembre de 1991.

ven agravadas por el hecho de que el asesinato iba acompañado de un grave delito, también puede verse uno condenado a muerte (las circunstancias exactas varían según los Estados).

2. BREVE RESEÑA HISTORICA DE LA PENA DE MUERTE EN LOS ESTADOS UNIDOS

Al igual que el pueblo americano, el Tribunal Supremo se ha visto muy dividido sobre la cuestión de la pena de muerte. Como era de esperar, en el marco de un debate tan controvertido, las decisiones del Tribunal Supremo han provocado fuertes controversias y profundas divisiones, incluso entre la mayoría de los miembros del propio Tribunal. Según la jurisprudencia americana (*Stare decisis*, o sistema de precedentes legales), cada decisión está guiada, en principio, por el precedente pertinente. Este sistema ha sido totalmente olvidado en numerosas ocasiones, en lo que se refiere a las interpretaciones de la 8.ª Enmienda y de la pena de muerte. El Tribunal se ha negado a establecer normas o standards para evaluar el contenido de los Estatutos sobre la pena de muerte (el procedimiento sigue estando sujeto a evaluación por parte del Tribunal, pero cada vez menos).

En la época moderna, la jurisprudencia sobre la pena de muerte ha atravesado tres fases diferentes. En primer lugar, a partir de 1968, el Tribunal empieza a expresar serias dudas sobre la validez constitucional de la pena de muerte. Esta fase acaba en 1972, con la abolición de todo estatuto «arbitrario y caprichoso». La segunda fase se inicia en 1976, cuando el Tribunal se inclina ante la opinión pública y pronuncia toda una serie de decisiones destinadas a «trivializar» la aplicación de la pena de muerte, superando ciertas dudas e intentando volver más racional el principio en sí. La tercera fase, que comienza alrededor de 1983, marca el final de todas las dudas, con el rechazo del Tribunal a analizar nuevamente los argumentos en pro y en contra, y negándose a vigilar los estatutos de los Estados, excepto en lo que respecta a algunas cuestiones de procedimiento, muy limitadas y que obtienen una rápida solución.

En el caso *Furman c. Georgia* (17), el Tribunal Supremo había abolido efectivamente la pena de muerte, tal y como existía en aquel entonces, al invalidar todas las sentencias capitales sin criterios, estandars o abiertamente «arbitrarias o caprichosas». Una ligera mayoría (18) declaró no obstante que, sin estandars, el peligro de las sentencias discriminatorias era muy serio. Pero los jueces no declararon, a pesar de todo, que la pena de muerte estaba prohibida por la 8.^a Enmienda. Lo que llevó a *Furman* a pedir que los sistemas estatales de sanción sean aplicados con una «regularidad razonable».

El estado de Georgia, tras la decisión *Furman*, revisó el marco legislativo de su Estatuto lo más rápidamente que pudo. Los legisladores adoptaron un nuevo Estatuto con dos nuevas propuestas. Según el nuevo Estatuto aplicable en Georgia, las distintas fases del procedimiento quedan separadas. Durante la fase ejecutoria, tiene que haber un debate para determinar la existencia de una de las diez circunstancias agravantes (19) antes de imponer la pena de

(17) 408 U.S. 238 (1972).

(18) Cada uno de los nueve jueces opinaron por escrito y por separado. Los jueces BRENNAN y MARSHALL declararon la pena de muerte contraria a la Constitución, en cualquier circunstancia. Los jueces STEWART, DOUGLAS y WHITE indicaron que había violación de la Constitución en ausencia de guía para el Jurado y que la imposición de la pena de muerte se realizaba por lo tanto de forma arbitraria y en contra de la 8.^a Enmienda. El Presidente del Tribunal, BURGER, junto con los jueces BLACKMUN, POWELL y REHNQUIST no opinaron lo mismo, subrayando que las disposiciones legislativas eran los indicadores más dignos de confianza de los valores sociales y no podían por lo tanto ser usurpadas por las decisiones judiciales.

(19) Los diez factores agravantes, según el Estatuto de Georgia, son los típicos de los Estatutos post-*Furman*. La existencia de una de las circunstancias puede justificar la imposición de la pena de muerte. Las circunstancias son: 1) una condena anterior por un delito sujeto a la pena de muerte o un historial cargado de delitos penales; 2) haber perpetrado con anterioridad uno de estos diez delitos; 3) hacer correr a sabiendas, un riesgo substancial de muerte a más de una persona en un lugar público; 4) cometer un delito con el fin de conseguir un beneficio financiero; 5) asesinato de un funcionario judicial, fiscal o abogado en el ejercicio de sus funciones; 6) actuar como agente contratado por una tercera persona en el momento del delito; 7) asesinato especialmente ultrajante, odioso o inhumano; 8) asesinato de un policía, empleado de un correccional o bombero, en el ejercicio de sus funciones; 9) asesinato cometido por un prisionero en situación de evasión; 10) asesinato cometido para escapar a una detención legal o por impedirlo. *Ca. Code Ann. Sec. 27-534. (b) (supp. 1975).*

otros acusados en circunstancias parecidas, para garantizar que la pena sea «proporcional».

En respuesta a la sentencia *Furman*, 35 Estados promulgaron nuevos Estatutos sobre la pena de muerte, según las líneas directrices del reformulado Estatuto de Georgia. Los Estatutos fueron revisados, con una velocidad y una reacción tan fuertes y en un número tan considerable de legislaciones que el Tribunal Supremo, cuatro años más tarde, considerando esa evolución tan importante, lo tuvo muy en cuenta a la hora de replantearse la posibilidad de abolición de la pena de muerte y permitir nuevamente la aplicación de la sentencia de muerte, en función de las nuevas directrices. En 1976, el Tribunal reconoció el nuevo Estatuto de Georgia, por medio de su nuevo «tema de discreción guiada» (20). Prácticamente todos los demás estatutos han sido confeccionados en base al Estatuto de Georgia. Desde 1978 y tras la sentencia dictada en el caso *Lockett c. Ohio* (438 U.S. 586), el Tribunal ha decidido igualmente que el acusado tiene derecho a presentar todas las circunstancias atenuantes pertinentes (relativas a su personalidad y a su historial personal).

3. LA TASA DE CRIMINALIDAD COMO RAZON DE SER DE LA PENA DE MUERTE

La tasa de criminalidad violenta en los Estados Unidos sigue creciendo inexorablemente, alcanzando nuevos récords no muy favorables, a pesar de que el Partido Republicano ha dirigido el poder ejecutivo desde 1980 y, por consiguiente, ha podido nombrar una gran cantidad de Jueces Federales (21) generalmente muy conservadores. En la medida en que más de 25.000 homicidios han sido

(20) *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

(21) En el sistema americano, todos los Jueces Federales de Primera Instancia ante los Tribunales de Apelación y el Tribunal Supremo son nombrados de por vida por el Presidente, tras confirmación del Senado. En la práctica, el Presidente acepta, para los puestos federales fuera de Washington, el nombramiento presentado por el Senador o el representante superior del Estado en el que se encuentra situado el Tribunal, siempre tratándose, por supuesto, de una persona del mismo partido que el del Presidente.

cometidos en 1991 (con un aumento aproximativo de 1.560 en relación con el año anterior), la revista *Time* ha declarado el año 1991 como «año de la muerte». El número de asesinatos ha aumentado en un 25%, entre 1985 y 1991. En 1991, 756 habitantes de cada 100.000 han sido víctimas de un crimen violento, según el *Federal Bureau of Investigation (FBI)*. A pesar de una falta total de pruebas empíricas, los partidarios de la pena de muerte siguen justificando su posición en base a la teoría de la prevención del crimen.

Sin embargo, y a pesar de la pena de muerte, la tasa de criminalidad en Norteamérica es entre 4 y 9 veces más alta que las observadas en los países de Europa Occidental. En 1990, 23.438 personas fueron asesinadas en los Estados Unidos, es decir una tasa de 9,4 por cada 100.000 habitantes. En Canadá, 589 personas murieron, víctimas de asesinato, durante el mismo año, lo que equivale a 2,2 de cada 100.000 habitantes. Canadá ha abolido la pena de muerte en 1976 y no había llevado a cabo ejecuciones durante los 30 años anteriores. En la ciudad de Nueva York, se perpetraron 1.905 asesinatos en el año 1989, frente a los 68 de París y los 28 de Roma, durante el mismo año.

Las cifras de encarcelamiento en los Estados Unidos son más elevadas que nunca y las más altas del mundo. De cada 100.000 americanos, 274 están en la cárcel. Se trata por lo tanto de un aumento dramático desde 1970, año en el que se observaba una tasa de 96 por cada 100.000 habitantes. Algunos comentaristas consideran que existe una relación entre la política en pro de la pena de muerte de un país y el respeto por parte de ese gobierno de los derechos humanos. Teniendo en cuenta toda la retórica existente en América sobre los derechos humanos, hay sin embargo que reconocer que es el único país desarrollado de Occidente que aplica en la actualidad la pena de muerte a los criminales. Los Estados Unidos, por su compromiso muy serio en defensa de la pena de muerte, se distinguen desafortunadamente junto a China, Sudáfrica, algunos países de Oriente Medio y la ex Unión Soviética.

4. JUSTIFICACIONES TEORICAS DE LA PENA DE MUERTE

La imposición de una sentencia de muerte es considerada como «lo que uno se merece» (*just deserts*) por haber cometido un crimen capital. Las distintas maneras de abordar la cuestión de la pena justa por delito grave incluyen las teorías utilitarias de la venganza y de la prevención. Los aspectos utilitarios calculan la amplitud del peligro de cara al público para justificar el encarcelamiento de un acusado. La teoría de la venganza se basa en la noción según la cual la sociedad pide una determinada sanción como parte del *quid pro quo* entre la sociedad y el criminal. La noción bíblica de ojo por ojo es la más a menudo citada para cristalizar la esencia de esa teoría, que preconiza una proporcionalidad en las sentencias, es decir que un criminal no debe ser castigado excesivamente y debe siempre ser objeto de una pena en relación únicamente con la gravedad del delito.

La idea fundamental de la teoría de la prevención se basa en que una maximización de la pena tendrá un efecto positivo sobre la actividad criminal potencial. Mientras que la pena de muerte se justifica, en la mayoría de los casos, en base a dicho razonamiento, las cifras sobre los crímenes violentos indican lo contrario. Los abolicionistas, por el contrario, sostienen que su efecto preventivo es muy reducido y que lo que eso indica es la ausencia de valor moral de la pena de muerte. Ponen de relieve también que, en muchos otros países en los que la pena de muerte no existe, el índice de crímenes violentos es considerablemente más bajo que en los Estados Unidos. Esta analogía no es sin embargo del todo válida, debido al hecho de que las condiciones sociales en los Estados Unidos difieren de manera muy sustancial del resto de los países del mundo. Se puede, no obstante, constatar que la pena capital parece reflejar una tendencia muy profunda del pueblo americano a la venganza, a pagar con una vida la pérdida de otra.

La jurisprudencia de la Octava Enmienda reconoce que cada acusado tiene derecho a una consideración particular de las circunstancias personales, antes de que la pena de muerte le pueda ser impuesta. En esa hipótesis, declara el Tribunal Supremo, la «culpabilidad moral» debe ser tenida en cuenta. «El movimiento en contra de las sentencias capitales obligatorias, en el siglo diecinueve

ve, reconoció que la culpabilidad individual no siempre se valora en proporción a la categoría de delito cometido» (22). Esa idea de evaluar la culpabilidad del delito y la culpabilidad moral fue adoptada por el Tribunal Rehnquist (23). No existe sin embargo ninguna metodología para determinar dicha culpabilidad. Para determinar la proporcionalidad, se hace no obstante referencia a las disposiciones legislativas para precisar los valores de la sociedad. Una pena excesiva contradice «los standards en evolución de una sociedad en vías de madurez» (24). En 1989, cuatro jueces del Tribunal Supremo declararon que las disposiciones legislativas y las sentencias de los Jurados son los únicos indicios válidos de los valores de la sociedad (25). Una pena es excesiva sencillamente cuando impone demasiado dolor (26). Infligir un dolor no necesario, impúdico y sin justificación, está, en principio, prohibido (27).

5. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACION DE LA PENA DE MUERTE

Sólo se puede pronunciar la pena de muerte tras haber determinado la culpabilidad o la inocencia del acusado. En la mayoría de las jurisdicciones americanas, el juez o el Jurado sólo empezara por oír las pruebas del delito. Si la culpabilidad es admitida, el acusado elegirá o bien un Jurado que debatirá sobre la sentencia de muerte a aplicar o no, sin poder de recomendación, o bien ser conducido directamente ante el juez que pronunciará la sentencia. En los casos de no homicidio, será normalmente el juez quien presidirá el debate y pronunciará después la sentencia.

Durante los debates sobre la sentencia de muerte, el juez o el Jurado deberá considerar las circunstancias particulares propias del

(22) *Furman c. Georgia*, 408 U.S. a 402 (Burger, Chief Justice, dissenting).

(23) Ver *Penry c. Lynaugh*, 109 S. Ct. 2934, 2947 (1989) y *South Carolina c. Gathers*, 109 S. Ct. 2207, 2210 (1989).

(24) *Trop c. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); pero ver también *Hammitt v. Michigan*, 111 S. Ct. 2680 (1991).

(25) Ver *Stanford c. Kentucky*, 109 Ct. 2969, 2979 (1989).

(26) *Coker c. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

(27) *Enmund c. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).

acusado y oír todo hecho pertinente (*relevant evidence*) que pudiera afectar a la decisión sobre la sentencia de muerte (28). Los hechos pertinentes incluyen, como mínimo el carácter y el expediente policial del acusado, así como las circunstancias en las que ha sido cometida la infracción. Esta segunda exigencia corresponde al principio bien establecido de la Octava Enmienda que exige un pronunciamiento personalizado para la pena de muerte. Los hechos se presentarán por lo tanto teniendo en cuenta el entorno social, económico y familiar del acusado y su pasado psiquiátrico, si procede. El Tribunal Supremo ha afirmado igualmente que la familia de la víctima podía evaluar el impacto del delito sobre sus miembros en una declaración especial (*victim impact statement*).

Las penas de muerte obligatorias (29) no son legales y la encuesta personalizada siempre es exigida en los juicios penales en los que la pena de muerte puede ser aplicada. Dicha encuesta debe determinar la culpabilidad personal del acusado antes de que la sentencia sea pronunciada, con el fin de garantizar la proporcionalidad de la pena a la infracción.

En la mayoría de las jurisdicciones, existe un derecho de apelación automático cuando la pena de muerte ha sido pronunciada. En numerosos Estados, esta apelación es directamente remitida al Tribunal Supremo del Estado, sin pasar por los distintos niveles intermedios de apelación. Tras el examen legal por parte del más alto Tribunal del Estado, el acusado puede pedir que su caso sea examinado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Dado que ese examen no se suele conceder a menudo, el acusado recurrirá con más probabilidad al Tribunal Federal del Distrito, el cual puede revisar las sentencias por violación de la Constitución de los Estados Unidos. Es el famoso *habeas corpus*, que ha sido recientemente muy criticado. El examen por parte del Tribunal del Distrito del *habeas corpus* puede ir acompañado de una apelación federal, y

(28). *Lockett c. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978); *McClesky c. Kemp*, 481, U.S. 279 (1987).

(29) El Tribunal declaró que las penas de muerte obligatorias eran inconstitucionales, por muy ligera mayoría, *Woodson c. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976); *Robert v. Louisiana*, 248 U.S. 325 (1976). El Tribunal sostuvo que la sentencia debe tener en cuenta las circunstancias, atenuantes o agravantes, particulares en cada caso presentadas ante el tribunal.

a continuación puede plantearse un recurso de requerimiento ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

En función del procedimiento seguido, los casos de homicidio en los que la pena de muerte puede ser aplicada son tratados desde el principio de manera particular: la puesta en libertad del acusado antes del juicio es casi siempre rechazada, las «mociones» de antes del juicio tienden a ser largas y más complejas y el juicio mismo presenta varias particularidades. En el proceso de selección del Jurado (conocido como «voir-dire»), en los juicios penales en los que la pena de muerte puede ser pronunciada, se pregunta a los miembros potenciales del Jurado si pueden condenar a una persona a la pena de muerte. Los que afirman abiertamente no poder hacerlo, sean cuales sean las circunstancias, pueden quedar excluidos, en aplicación del derecho de tacha de testigos (*challenge for cause*). Se les pregunta primero si sus escrúpulos no se deben a consideraciones religiosas o morales, después si no existe ningún hecho que, según ellos, pueda justificar la pena de muerte y, finalmente, si podrían seguir las instrucciones del juez en el caso de que este ordenara al Jurado que considerara la pena de muerte como sentencia posible. El miembro del Jurado que sigue indiscutiblemente opuesto a la pena de muerte, tras ese interrogatorio, es declarado incompetente. La razón subjetiva de este procedimiento es impedir que un sólo miembro del Jurado pueda bloquear una decisión unánime de pena de muerte. La exclusión de los Jurados de los adversarios de la pena capital ha sido llevada ante el Tribunal Supremo, que no ha considerado que dicho procedimiento favorece la constitución de Jurados parciales en favor de la pena de muerte (30). Para poder excluir a esos posibles miembros del Jurado, debe quedar probado que sus opiniones obstaculizarían o perjudicarían de forma substancial el cumplimiento de su deber. Los que simplemente tengan dudas o aprensiones frente a la pena de muerte no pueden ser excluidos.

El Jurado, formado para los casos en los que la pena de muerte es posible, sólo se elige una sola vez al inicio del juicio. Algunos han avanzado que excluir a los adversarios de la pena de muerte conduce a constituir un Jurado con prejuicios sobre la culpabilidad

(30) *Witherspoon c. Illinois*, 391 U.S. (1986); revisado por *Wainwright c. Witt*, 469 U.S. 412, 83 L. Ed. 2d 841 (1986).

(*conviction-prone*), al ser más parcial y estar en favor de la pena de muerte (*death-prone*). El Tribunal Supremo abordó este problema en la decisión *Lockhart c. McCree* (1986). En ese caso, el Tribunal impugnó la decisión del Tribunal de Apelación, que sostenía que los adversarios de la pena de muerte sólo podían ser excluidos de los juicios penales en el momento de la decisión sobre la sentencia. El Tribunal de Apelación había considerado que, al contrario, se violaba el derecho constitucional de la defensa, garantizado por la Sexta Enmienda, a ser juzgado por una muestra de personas (*cross-section*) representativa de su comunidad.

Un Jurado representativo formado por iguales —sigue argumentando el Tribunal de Apelación— debe incluir personas opuestas a la pena de muerte. No obstante, el Tribunal Supremo estimó que la regla de la Sexta Enmienda, sobre una justa representatividad de la comunidad, se aplicaba sólo en el momento del establecimiento de la lista del Jurado en su conjunto dentro de la comunidad, y no al Jurado seleccionado para un caso particular y para un juicio real. Este Tribunal declara que, si bien la exclusión total de grupos basados únicamente en la raza y el sexo es inconstitucional, ocurre algo muy diferente con las «posturas compartidas». Un Jurado imparcial es el que está formado por «miembros del Jurado que, conscientemente, aplicarán la ley y establecerán la probabilidad de los hechos» (31).

6. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA CAPITAL, DE CARA A DIFERENTES INFRACCIONES (CUALIFICADAS COMO CRIMENES)

La pena capital es muy a menudo dictada contra delincuentes que han matado en el transcurso de otra infracción. Estos son entonces perseguidos en base a la doctrina «delito-asesinato» (*felony-murder*). En algunos Estados, un delincuente que mata accidentalmente a otra persona en el transcurso de una infracción puede ser condenado a muerte. Dicho de otra manera, la búsqueda de la in-

(31) *Lockhart c. McCree*, 476, U.S. 162, 178 (1986) (citando a *Wainwright v. Witt*) 469 U.S. 412, 423 (1985).

tención de homicidio no es necesaria para dictar la pena de muerte. En 1977, el Tribunal Supremo declaró que la pena capital no se debía aplicar a la violación, considerando que se trataba de una pena «cruel y no apropiada» (no común) para crímenes que no habían «habían acabado con ninguna vida humana» (32). El Tribunal estimó que los intereses heridos por la violación no podían equipararse con los de la vida. Esta opinión (*plurality opinion*) corresponde a la idea de que la pena de muerte es una sanción excesiva para la violación. La pena de muerte aparece igualmente como desproporcionada en el caso de secuestro y atraco sin homicidio (33).

En algunas sentencias de los años 1980, el Tribunal excusó a algunos culpables de homicidios, por considerarlos en el «margen». La pena capital no pudo ser aplicada a un conspirador que era cómplice (chófer del automóvil) del asesinato, cometido por otro co-inspirador durante la infracción, pero que no había tenido intención de matar (34). Esta excusa fue restringida por el Tribunal en la sentencia *Tison c. Arizona* (481 U.S. 137, 1987), que sostuvo que un acusado, en base al standard de la decisión *Enmund*, podía ser condenado a muerte si este había demostrado una clara indiferencia de cara a la vida humana y había jugado un papel significativo en la realización del delito. La postura del Tribunal se basó en lo siguiente: la pena debe ser proporcional a la culpabilidad personal del acusado.

El Estatuto de un Estado que permite al juez saltarse la sentencia de cadena perpetua, fallada por el Jurado, y dictar la pena de muerte no es considerada como contraria a la Constitución de los Estados Unidos (35). Tampoco se exige constitucionalmente que el Tribunal Supremo del Estado realice un «examen de equivalencia» de las sentencias de muerte, comparándolas con otras sentencias pronunciadas en casos parecidos, con el fin de establecer garantías contra sentencias arbitrarias y contradictorias (36). Pero el Tribunal ha declarado que la Octava Enmienda prohíbe dictar la pena capital en el caso de enfermos mentales que hayan cometido algún de-

(32) *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

(33) *Enmund c. Florida*, 458 U.S. 782, 897 (1982); *Ebbelneurt c. Georgia*, 433 U.S. 917 (1977).

(34) *Enmund c. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).

(35) *Spaziano c. Florida*, 468 U.S. 82 (1984).

(36) *Fulley v. Harris*, 104 S. Ct. 871 (1984).

lito mayor (37). No impide, sin embargo, la ejecución de retrasados mentales (38).

7. DISCRIMINACION RACIAL Y PENA CAPITAL

La pena de muerte está relacionada con el problema extremadamente inquietante del factor racial ilegítimo en la condena de los acusados, como lo demuestra el número desproporcionado de Afro-Americanos condenados a muerte. De manera evidente, esta predisposición existe más especialmente en el Sur del país. Entre 1930 y 1967, dos tercios aproximadamente de condenados a muerte eran negros, a pesar de que estos son minoritarios en la población global. Uno de los más importantes estudios empíricos sobre la pena capital y la igualdad ante la justicia fue llevado a cabo por el Profesor David Baldus, a finales de los años 1970. Los investigadores intentaron definir y detectar las decisiones de condena a muerte arbitrarias y discriminatorias. Durante un período de seis años, reunieron todos los datos referentes a cada acusado y a cada caso criminal, fundados sobre los sistemas anteriores y posteriores a la sentencia fallada en el caso *Farman c. Georgia*. También tuvieron en cuenta más de 230 factores no raciales.

A pesar de que el estudio subraya que los dispositivos posteriores a 1976 («discreción guiada») implican una menor discriminación que los sistemas anteriores a *Furman*, los factores ilegítimos siguen influenciando las sentencias. Los preocupantes resultados del estudio Baldus indican que, en los casos en los que se ven implicados acusados negros y víctimas blancas, existe una gran probabilidad de que sea dictada una sentencia de muerte. Además, los acusados perteneciente a dicha categoría, en los casos posteriores a la jurisprudencia *Furman*, no corren mejor suerte que los de los sistemas anteriores a *Furman*. Estos datos han sido confirmados por estudios estadísticos relativos a los reos condenados a muerte.

(37) *Ford v. Wainwright*, 106 S. Ct. 2595 (1986).

(38) *Penry v. Lynaugh*, 109 S.Ct. 2934 (1989).

El Tribunal Supremo ha tratado este problema de desigualdad ante la justicia en el famoso caso *McClesky c. Kemp* (481 U.S. 279, 1987). McClesky, un Afro-Americano, mató a un oficial de policía blanco, en el transcurso de un atraco a mano armada llevado a cabo por otros tres hombres. A pesar de haberse evidenciado claramente y empíricamente la aplicación desigual de la pena de muerte a los Afro-Americanos, reflejada en el estudio Baldus, la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo rechazó el argumento según el cual una prueba como esa demostraba que su Jurado se había fundado en motivaciones basadas en la raza. El Tribunal consideró que McClesky no había conseguido demostrar la actitud discriminatoria deliberada de su Jurado en su caso personal, en contra de los datos generales reflejados en el estudio Baldus. Esta pesada carga de la prueba, a la que tiene que enfrentarse el acusado en caso de recurso contra una discriminación en un juicio capital, impide al mismo poder beneficiarse eficazmente de este tipo de recurso.

La mayoría de los jueces afirmó también que, aun considerando las conclusiones del estudio válidas, no existía ninguna base constitucional para anular el Estatuto de Georgia sobre la pena de muerte, el cual contenía salvaguardias de procedimiento suficientes contra una aplicación arbitraria y discriminatoria. El Estado sólo puede limitar la libertad de decisión de un Jurado hasta cierto punto, sin imponer restricciones inadmisibles en cuanto a los deberes del Jurado a la hora de tomar una decisión. En el caso *Gregg*, el Tribunal tuvo en consideración y aceptó una acusación de racismo en una decisión del Jurado, pero se negó a aplicarla en el caso en cuestión, debido al riesgo de sembrar la duda sobre la equidad de la justicia penal en su conjunto que ello suponía.

8. DECISIONES RECIENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo sigue extendiendo su jurisprudencia permisiva respecto a la Octava Enmienda, anteponiendo los intereses de la economía judicial a los de la equidad judicial. Las principales preocupaciones del Tribunal presidido por el Juez Rehnquist en este campo son la finalidad de las sentencias de los Estados y el cos-

te muy elevado de las peticiones de *habeas corpus*. El Presidente del Tribunal Supremo, Rehnquist, se ha declarado más partidario de la limitación de los recursos de los detenidos que de la constitucionalidad de las sentencias de muerte, por temor a que esto pudiera debilitar la ley y que los plazos judiciales federales llegaran a alterar la capacidad del Estado a la hora de hacer ejecutar sus leyes.

Dos decisiones del Tribunal Supremo establecieron, en 1991, severas restricciones al derecho de un detenido de un Estado, de impugnar la constitucionalidad de su veredicto y de su sentencia ante un Tribunal Federal, en respuesta, en parte, a las dilaciones en la ejecución provocadas por los recursos fundados en el *habeas corpus* y los supuestos abusos de los emplazamientos. Las sentencias *McClesky c. Zant* (39) y *Coleman c. Thomson* (111 S. Ct. 2546, 1991) establecen obstáculos casi insuperables para redactar una segunda petición o una petición subsecuente, basada en el *habeas corpus* (40). En la sentencia

McClesky, los detenidos sólo pueden redactar una sola petición a nivel federal, y no pueden generalmente ser admitidas nuevas pruebas en una segunda petición. Para que una segunda petición sea aceptada, el solicitante debe declarar «la causa» por la cual no ha presentado con anterioridad ese nuevo argumento y demostrar que sufre en la actualidad un perjuicio, debido al error constitucional alegado.

En la decisión *Coleman*, el Tribunal restringe aún más el examen federal, alegando que el prisionero que no haya cumplido con las exigencias de procedimiento ante el Tribunal de un Estado, pierde casi siempre su derecho de apelación ante los Tribunales Federales. Ninguna excepción está prevista a esta regla severa y el error de un abogado que no presenta los argumentos constitucionales de un prisionero ante los Tribunales de un Estado supone la imposibilidad de presentarse ante un Tribunal Federal. A consecuencia de una mala comprensión de la ley del Estado, el abogado de Coleman redactó su petición con tres días de retraso. El Tribunal declaró que sólo la no efectividad de la asistencia, desde el punto de vista cons-

(39) *McClesky v. Zant*, 111 S. Ct. 1454 (1991).

(40) Dado que no existe un derecho constitucional de asistencia para los procedimientos en primera apelación, numerosos detenidos redactan su propia petición de *habeas corpus*. La correcta redacción de esa petición (implícitamente exigida) es casi imposible para la mayoría de los detenidos, sin ayuda de un profesional.

tucional, podría constituir una «causa de cambio de rumbo en el procedimiento». El error del abogado no fue considerado como una «causa», dado que Coleman no tenía derecho a asistencia a nivel del Estado en los procedimientos basados en el *habeas corpus*. Así, según la decisión *Coleman*, los acusados deben «soportar el riesgo de errores de procedimiento de los abogados».

El juez Blackmun, expresando su desacuerdo (seguido por otros jueces), criticó a la mayoría por haber creado impedimentos arbitrarios, no necesarios e injustificados, al ejercicio de los derechos federales. Declaró también que la protección de los derechos federales en los procedimientos de *habeas corpus* «ilustra la plena expresión del federalismo de la Nación» (41).

La decisión *Coleman* ignora la regla establecida por el Tribunal Supremo en 1963, que garantiza el derecho de los detenidos de un Estado a impugnar la constitucionalidad de un veredicto o de una sentencia ante los Tribunales Federales en la mayoría de las circunstancias, aunque no hayan conseguido presentar una apelación correcta ante los Tribunales de Estado. Una decisión reciente (1992) tiene como consecuencia que es casi imposible para un detenido interponer posteriormente recursos federales basados en el *habeas corpus*, para demostrar su inocencia por un delito sujeto a la pena de muerte. La decisión *Sawyer c. Whitley* (112 S. Ct. 2514, 1517, 1992) afirma que la inocencia debe ser demostrada por «una prueba clara y convincente y que, sin el error constitucional, no hubiera permitido a ningún miembro del jurado razonable considerar que el detenido pudiera ser condenado a muerte, según la ley del Estado». Nubes amenazadoras planean sobre el futuro de los derechos basados en el *habeas corpus* y es muy probable que estas caigan sobre ellos.

Delaware se convirtió, en noviembre de 1991, en el cuarto Estado que permitía a los jueces ignorar la recomendación del Jurado sobre la sentencia a aplicar. El Tribunal confirmó la pena de muerte pronunciada por el juez, desatendiendo la sentencia del Jurado, a pesar de que dicho juez destacaba por ser un reconocido partidario de la pena de muerte (42).

(41) *Coleman* (Juez Blackmun en desacuerdo, página 2569-2570).

(42) *Walston c. Arizona*, 110 S. Ct. 3047 (1990).

En la sentencia *Payne c. Tennessee*, el Tribunal dio un giro, respecto a sus más recientes decisiones (43), autorizando a los Jurados en los juicios penales a considerar el carácter de la víctima y los sufrimientos de su familia. Autorizar el examen del impacto del delito sobre la víctima (*victim impact statement*) es revelador del incumplimiento por parte del Tribunal del Presidente Rehnquist del principio *Stare decisis* y de su voluntad incluso de retractarse de sus recientes decisiones. Hasta la sentencia *Payne*, un principio fundamental establecía que sólo la culpabilidad personal del acusado debía ser tomada en consideración en los juicios penales. En el caso *Payne*, las víctimas eran una mujer de veintiocho años, su hija de dos años y su hijo de tres. Habían sido salvajemente agredidos con un cuchillo de carnicero en su vivienda. Sólo el hijo pudo sobrevivir. El Jurado reconoció a Payne culpable de los dos asesinatos y de agresión con intención de matar. En el transcurso de los debates sobre la sentencia, el Fiscal presentó los testimonios de la madre de la mujer, que describió la influencia duradera del delito sobre la vida del hijo superviviente: «No deja de llorar la desaparición de su madre. Parece no entender por qué no vuelve a casa. También llora la ausencia de su hermana Lacie». Varias veces, a lo largo de la semana, me pregunta: «Abuela, ¿echas de menos a mi Lacie?» (44). La pena de muerte pronunciada por el Jurado fue confirmada por el Tribunal Supremo. Ignorando la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, su Presidente Rehnquist, alegaba, como razón fundamental, que las dos decisiones anteriores creaban un desequilibrio injusto, dado que la defensa podía introducir circunstancias atenuantes mientras que le estaba prohibido al Fiscal introducir elementos sobre la vida de la víctima.

Las sentencias posteriores a la decisión *Payne* incluyen ahora tres series de factores: las circunstancias atenuantes para el acusa-

(43) La decisión *Payne* no tenía en cuenta las decisiones *Booth c. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987) y *South Carolina c. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989) que sostenían que la admisibilidad del examen del impacto del delito sobre la víctima en los juicios penales era contraria a la Octava Enmienda.

(44) *Payne*, pag. 2603. Hay que subrayar que, en el sistema americano, la víctima no es un adversario ante el Tribunal. La víctima y su familia están representadas por el Fiscal. También es fundamental que la víctima no tiene ningún derecho a daños y perjuicios ante los Tribunales Penales. Las reparaciones de los daños pueden únicamente ser reclamadas ante la jurisdicción de los Tribunales Civiles.

do, los factores agravantes relacionados con el delito, y el examen del impacto del delito sobre la víctima o la familia de la víctima. A pesar de que todos los análisis sobre la naturaleza humana indican que los Jurados corren el riesgo de infligir penas más severas a los asesinos cuyas víctimas aparecen como totalmente inocentes, muy simpáticas o como miembros apreciados por la sociedad, el Presidente Rehnquist replicó que la admisibilidad del examen del impacto del delito sobre la víctima no está destinada a favorecer «juicios comparativos de ese tipo». La decisión *Payne* fue criticada porque introducía prejuicios desfavorables y perjudiciales para el acusado (45).

En la decisión *Tison c. Arizona* (481 U.S. 137, 1987), el Tribunal aprobó una sentencia de muerte que no estaba sólo basada en la voluntad de matar del acusado, sino en su participación en un delito peligroso, en el transcurso del cual uno de los co-autores había efectivamente matado. Sólo cinco años antes, el Tribunal había establecido que la pena de muerte no podía ser dictada en una situación como ésta porque, en primer lugar, eso no habría desanimado a una persona que no tuviera la voluntad de matar y, en segundo lugar, no se es culpable moralmente de un delito merecedor de una pena extrema (46). El Tribunal, en la sentencia *Tison* replica que la falta de respeto evidente del acusado hacia la vida humana le volvía culpable personalmente. En su memoria explicativa, el Tribunal declaró que «estar implicado, a sabiendas, en una actividad criminal peligrosa para la vida humana ilustra un estado mental de fuerte culpabilidad».

A pesar de que las recientes decisiones del Tribunal Supremo ofrecen un sombrío panorama a los abolicionistas de la pena de muerte, el Tribunal ha seguido exigiendo exámenes de apelación correctos y completos y, sólo en base a ese examen de apelación correcto, anulará las sentencias y aplazará los casos (47). En las dos sentencias *Sochor c. Florida* y *Stringer c. Black*, el Tribunal consideró que el examen de apelación sobre la nulidad de los factores agravantes presentados en el juicio no había sido realizado correcta-

(45) El juez MARSHALL (*dissentiment*) declaró que «el valor convincente de una prueba así tiene siempre menos peso que su efecto perjudicial...» *Payne*, pag. 2620.

(46) *Enmund c. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).

(47) *Sochor c. Florida*, 112 S.Ct. 2114 (1992); *Stringer c. Black*, 112 S. Ct. 1130 (1992).

mente. En el caso *Sochor*, el juez de Primera Instancia había aceptado el factor de «frialdad» (*coldness*) durante los debates sobre la pena (48). El Tribunal Supremo del Estado consideró que el factor «frialdad» era un factor nulo, ya que no se apoyaba en ninguna prueba. Sin embargo, no examinó de nuevo la sentencia sin ese factor agravante nulo y no evaluó tampoco el factor de «frialdad» en el marco del análisis del error anodino. Como el Tribunal de Apelación del Estado se había ya pronunciado sobre el hecho de saber si la nulidad del factor habría cambiado o no la decisión del Jurado, no había por lo tanto error constitucional, y la sentencia pudo ser confirmada. No obstante, a la luz de ese error y tras el examen de apelación, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló la sentencia y aplazó el caso.

En el caso *Stringer c. Black*, el Tribunal de Apelación se negó igualmente a considerar qué sentencia hubiera sido pronunciada si el factor nulo no hubiese sido admitido, respetando la exigencia de la Octava Enmienda sobre una personalización de la sentencia en los juicios penales. «Un principio bien establecido: la utilización de factores agravantes vagos e imprecisos en el proceso de determinación vuelve nula la sentencia, o al menos exige un análisis del error constitucional anodino, o un nuevo examen por parte de la justicia del Estado (49)». Estas decisiones ilustran el deseo del Tribunal de fomentar el examen en apelación de sentencias tan severas como la pena de muerte.

9. EL FUTURO DE LA PENA DE MUERTE

La composición actual del Tribunal Supremo no presagia nada bueno para los abolicionistas de la pena de muerte. El Tribunal, de forma aplastante, es ahora muy conservador. Sólo dos jueces más liberales, Brennan y Marshall, han declarado que la pena de muerte violaba la Octava Enmienda en cualquier circunstancia, pero los

(48) El factor de «frialdad» se describe así: «El delito... fue cometido de forma fría, calculada y premeditada, sin ningún pretexto moral o justificación legal». *Sochor*, pag. 2118.

(49) *Stringer*, pag. 1140.

dos acaban de retirarse de sus funciones. Han sido sustituidos por jueces conservadores y partidarios de la pena de muerte, Thomas y Souter. Los únicos jueces liberales moderados que siguen en el Tribunal, Rehnquist, Blackmun y Stevens, han sostenido también que los Estatutos sobre la pena de muerte no violan la Octava Enmienda, dado que incluyen legítimas salvaguardias. La perspectiva de la abolición judicial de la pena capital se vislumbra por lo tanto en los Estados Unidos como muy alejada.

Los cambios legislativos que se han producido a nivel de los Estados en 1991 muestran en general mayores restricciones a la pena de muerte en el sistema judicial americano. Aunque sólo cuatro de las dieciséis leyes votadas en 1991 incluyen desarrollos progresistas, tales como la prohibición de ejecución de los retrasados mentales en Nuevo México (en quince otros Estados, una ley de este tipo no ha podido ser adoptada). Una tercera opción de sentencia, la recitación de por vida sin derecho de palabra, ha sido introducida en dos Estados, y medidas de mejora para la representación legal durante el juicio en otro Estado. La ley que prohíbe la ejecución de delinquentes menores de dieciocho años sólo ha podido ser adoptada en seis Estados. El resto de la legislación contempla un aumento del número de crímenes sujetos a la pena de muerte, e impone limitaciones de plazo para presentar un recurso de apelación tras la condena. Esa tendencia, iniciada por los Estados, encuentra también eco en el Gobierno Federal, como lo muestra la ley sobre el crimen (proyecto de ley) del Presidente Bush. A pesar de que un cambio político de la Administración en funciones en Washington afectara a la composición política de lo judicial, es poco probable que pudiera cambiar la voluntad del legislador de autorizar la pena de muerte y la del Jurado de aplicarla.

ASPECTOS FILOSOFICOS Y RELIGIOSOS DE LA PENA DE MUERTE: SU NO-DUALIDAD

ANTONIO BERISTAIN (*)

I. NO HAY DUALIDAD DE ASPECTOS

Car nous voulons la nuance encore,
Pas la couleur, rien que la nuance!
Oh! la nuance seule fiance
Le rêve au rêve et la flûte au cor.

VERLAINE, *Art Poétique*

Aunque no domino la lengua francesa como desearía, intentaré formular, en este bello idioma, algunos matices, algunos comentarios respecto a conocidos especialistas que han escrito sobre la pena de muerte. Mejor dicho, deseo brindarles algunas sugerencias apoyándome en publicaciones de eminentes tratadistas franceses,

(*) Director del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián.

EL RESTABLECIMIENTO DE LA PENA DE MUERTE:
CONSIDERACIONES DE ORDEN PENOLÓGICO Y
CRIMINOLÓGICO

Robert CARO (*)

¿Qué es la reforma relativa a la abolición de la pena de muerte sino la consagración del principio según el cual, en la penalidad... hay que respetar para con el culpable... la vida del hombre fuera de los casos de legítima defensa? (1).

Charles Lucas

La guillotina lo vuelve todo insignificante. No hay revisión posible, no hay indulto posible, no hay liberación posible para el decapitado (2).

Robert Badinter

(*) Profesor de la Universidad de Pau y de los Países del Adour, Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

(†) Mencionado por PINATEL, «La vie et l'oeuvre de Charles Lucas», in *RIDP*, 1947, vol. 18/2, pág. 171 y ss.

(2) In *L'execution*, Ed. Grasset, 1973, Livre de Poche, pág. 8.

La pena de muerte fue abolida en Francia en 1981 por amplia mayoría de votos ante las dos Asambleas (el 74% en la Asamblea Nacional y el 53% en el Senado) (3). Su restablecimiento parece jurídicamente difícil salvo en el caso de que nuestro país renuncie a su adhesión a la totalidad de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4). Las asociaciones apoyan en general la orientación tomada por el legislador nacional, integrada a su vez en un amplio movimiento de abolición mundial de la pena de muerte (5). El Consejo de Iglesias Cristianas (Iglesias protestante, católica, ortodoxa y armenia) ha reafirmado recientemente su hostilidad de cara al restablecimiento de la pena de muerte (6).

Dedicar un debate al restablecimiento (o al mantenimiento) o a la abolición de la pena capital podría parecer, en tal contexto, superfluo. Sería no obstante ignorar que las ejecuciones capitales dictadas legalmente se siguen llevando a cabo en distintos lugares del

(3) Cf. «L'abolition de la peine de mort en France» *La Documentation Française*, 1987, pág. 57 y 60; el informe del Comité sobre la violencia, la criminalidad y la delincuencia (1977), presidido por M.A. PEYREFITTE había adoptado ya la abolición de la pena de muerte, in *Réponses à la violence*, Presses Pocket, dos volúmenes, n.º 1, recomendación n.º 103, pag. 217-218.

(4) Cf. *supra*, J.P. DELMAS SAINT HILAIRE, pag. 73 y ss. y D. DE BÉCHILLON, pag. 83 y ss.; ver también J.H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 1988, pag. 81 y ss.; COMID. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Ed. Montchrestien, 1988, pag. 360 y ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Ed. Cujas, 1991, pag. 552.

(5) Al 1 de febrero de 1992, según Amnistía Internacional, 81 países no aplican ya la pena de muerte, (44 de los cuales para todos los delitos, 16 para los delitos de derecho común, y 21 son abolicionistas de hecho), 106 eran favorables a su mantenimiento (96 de los cuales llevaban a cabo ejecuciones); cf. *supra* P. MARBOT, pag. 15 y s.; Sobre el Protocolo n.º 2 relativo al Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos (resolución AG/ONU 44/128 del 15 de diciembre de 1989), que obliga a los Estados contratantes a no llevar a cabo más ejecuciones capitales y a tomar las medidas necesarias para abolir la pena de muerte, ver D. BREILLAT, «L'abolition mondiale de la peine de mort», in *RSC* 1991/2, P. 261 y ss.

(6) Ver A. BERISTAIN, *supra*, pag. 55 y ss.; del mismo autor, «La sanction capitale en Espagne», referencia especial a la dimensión religiosa cristiana, in *RIDP* 1987-3/4, pag. 613 y ss.; ver también *Le Monde* del 28 de noviembre de 1991, así como las declaraciones de Monseñor LUSTIGER, in *Le Monde* del 8 de noviembre de 1991; ver P. BOUZAT, «Pourquoi un catholique peut être partisan de la peine de mort», in J. CARO BAROJA y A. BERISTAIN (dir.), *Ignacio de Loyola, magister artium en Paris, 1528-1535*, Ed. S.G.E.P., San Sebastián, 1991, pag. 147 y ss.; R.L. BRUCKBERGER, *Oui à la peine de mort*, Ed. Plon, 1986, 135 pag.

mundo (7). Sería sobre todo negar a los que militan en el sentido de su restablecimiento una información objetiva sobre las realidades (filosóficas y materiales) de esta sanción capital. No es extraño en efecto que, en nuestro país, los medios de comunicación se hagan eco, de manera más o menos fiel u objetiva, del llamamiento de la opinión pública en favor del restablecimiento de la pena de muerte, en particular tras una emoción profunda y legítima provocada por la comisión de un crimen espantoso (8).

Por muy comprensible que sea una opción como esta, no deja de toparse con impedimentos científicos y humanos diversos sobre los cuales otros ponentes en este coloquio ya se han extendido. Lo importante sobre todo es subrayar, de entrada, que tales reacciones están aún influenciadas por el destino reservado de manera general a las víctimas en nuestras civilizaciones contemporáneas. Su protección es reciente, netamente insuficiente y excesivamente objetivada (9). A este respecto, el hecho de desposeer a la víctima del delito soportado, o soportado por un ser allegado, impide toda reconciliación simbólica, toda reparación (psicológica y material) duradera. Ahora bien, de manera cada vez más evidente, las investigaciones victimológicas más recientes insisten en la capacidad (declarada y asumida) de las personas victimizadas a trascender la emoción provocada por el crimen, a participar activamente en su propia restauración y a favorecer la reintegración social del autor de la infracción cometida (10). Estas observaciones no nos alejan del tema analizado, aun cuando las hipótesis en que quepa aplicar una ejecución capital supongan la desaparición física de la víctima. Sin embargo, responder

(7) En 1990, 2.029 detenidos fueron ejecutados en 25 países y 2.005 personas fueron condenadas a muerte en 54 países (de ellas unas 750 en China, 750 en Irán, 120 en Nigeria), in *Amnesty International, Rapport 1991*, Ed. EFAI, pag. 11, 69, 147 y 204, entre otras.

(8) Ver P. ROBERT-DIARD, «Douleur, raison et tactique», in *Le Monde* del 8 de noviembre de 1991; ver también P. BOUCHER, «Les guillotines de l'opinion», in *Le Monde* del 29 de julio de 1976.

(9) Ver, entre otros, para un enfoque reciente de la cuestión, *L'indemnisation des victimes de violence*, «Journée d'études et d'information», Pub. min. de la Justice, 1991, 177 pag.

(10) Ver J. GOETHALS y T. PETERS, «Victims of violence. A descriptive analysis of street crime and burglary in Belgium», in *Victims and criminal justice* (G. KAISER, H. KURY, y H.J. ALBRECHT (ed.)), pub. Max-Planck-Institut, Freiburg, 1991, págs. 611-653; E.A. FATAH, *Understanding criminal victimization*, Scarborough, Ontario, Prentice-Hall Canada, 1991, 412 pag.

a la violencia con más violencia, a la crueldad con más crueldad, no ha dado todavía resultados muy eficaces, afortunadamente.

Es algo históricamente indiscutible que el hecho de apalear, quemar, atenazar, descuartizar, empalar, colgar, decapitar, electrocutar o envenenar... a los culpables de «crímenes horrendos» no impide la comisión de este tipo de delitos. Las ejecuciones en la plaza pública o de madrugada en el patio de una cárcel no han podido erradicar definitivamente los comportamientos agresivos, algunos de los cuales hacen gala de una atrocidad y de una violencia destructiva increíbles por lo que respecta a comportamientos humanos. Desde el punto de vista de la Criminología, la respuesta a un eventual restablecimiento de la pena de muerte es muy sencilla, como ya lo ha subrayado magistralmente el Presidente Pinatel: «sí» o «no» (11). Y si la respuesta es negativa, no permite ningún «salvo en el caso de...» (12). Este tipo de postura abolicionista se ve además reforzada por la ausencia de utilidad, de ejemplaridad de la sanción capital, desde el punto de vista estrictamente penológico.

I. CONSIDERACIONES DE ORDEN PENOLÓGICO SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DE LA PENA DE MUERTE

La ley, la jurisprudencia y la doctrina repiten que la función moderna de la pena consiste en la resocialización del delincuente. Derivada del grado más evolucionado de la prevención especial, a través de la enmienda en particular, esa función de reinserción, de reintegración social de los condenados ha tomado el relevo del utilitarismo de Bentham, inscrito a su vez en las reformas penales de 1791/1810 como reacción a las características retributivas declaradas del derecho penal anterior. Sin que se pueda considerar que el

(11) Ver la impactante contribución del autor en el Coloquio Internacional sobre la Pena de Muerte, organizado por el Instituto Superior Internacional de las Ciencias Criminales (Siracusa), in *RIDP*, 1987-3/4, pág. 697 y ss.

(12) Ver a este respecto L. LAMBERT, «L'abolir... sauf pour...», in *Rev. de la Police Nationale*, 1971/88, pág. 47 y ss.; ver también J. PRADEL, «Droit pénal général, *cod. loc.*»; E. COESTER, «Terrorisme et peine de mort», in *Rev. pénitentiaire*, 1985/2, pág. 141 y ss.

derecho penal positivo esté libre de toda connotación utilitaria o expiatoria, la reacción social contemporánea se ha humanizado profundamente. Por lo tanto, pedir el restablecimiento de la pena de muerte es, desde el punto de vista de la Penología, considerar, en el mejor de los casos, que dicha pena es útil para prevenir la comisión de actos delictivos graves o, al menos, sancionados como tales. En el peor de los casos, es retroceder a la ley del Talión y fomentar así una justicia vindicativa.

I.1. UTILITARISMO Y RESTABLECIMIENTO DE LA PENA DE MUERTE

En efecto, según la doctrina utilitarista, dominada por la preocupación de la defensa de la sociedad, la función de la pena, la justificación de la reacción social, es la de impedir el crimen. Se trata por lo tanto de una medida de prevención destinada a evitar la comisión de nuevos delitos. Convencidos de que todo individuo está dotado de un libre albedrío, los utilitaristas sostienen que el delincuente elige deliberadamente ciertos comportamientos que sabe están prohibidos por la socio-cultura. Guiado por su interés personal, el delincuente efectuaría así ciertos cálculos tendentes a valorar el placer (que supuestamente le proporcionará el delito) y el castigo (que supuestamente le impondrá la sociedad). Cada vez que el placer sale vencedor, llevaría adelante el acto delictivo.

Sin duda, es presentar de manera esquemática la obra de Bentham y de los que todavía creen en las virtudes del utilitarismo (13). Todos sostienen no obstante, en base a este análisis de comportamientos delictivos, una teoría general sobre la función de la pena, la cual puede servir a la vez para la prevención general y la prevención especial.

I.1.1. Las virtudes del utilitarismo

Si el delito debe ser más temido por la represión a la cual puede llevar que deseado por la satisfacción que proporciona (14), la pena

(13) Ver J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, PUF, *Que sais-je?*, n.º 2484, pag. 45 y ss., pág. 88 y ss.; J.M. VARAUT, «L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale», in *R.S.C.*, 1982, pág. 261 y ss.

(14) Cf. J. BENTHAM, *Traité des peines et des récompenses*, 1791.

de muerte tiene que tener como efecto apartar en general de la delincuencia, por el ejemplo del castigo impuesto al delincuente, a todos los que se verían tentados de imitarle. Esta intimidación colectiva presenta varios grados y, en el caso que nos ocupa, el de la intimidación pura incita a la reacción social a hacer públicos los sufrimientos infligidos al condenado a muerte (15), no inhibido por definición, por el aviso previo de la ley penal y convencido, erróneamente, de la superioridad del placer esperado.

De forma quizás un poco brutal, conviene también subrayar que las virtudes de prevención especial que acompañan la pena en general, según las teorías utilitaristas, son de una terrible banalidad, en lo que respecta a la pena de muerte en particular: el delincuente se verá así efectivamente coartado para cometer nuevas infracciones.

La concepción utilitarista impregna todo el Código Penal de 1810, habiéndose inspirado sus redactores más en el pensamiento de Bentham que en el de Beccaria, ferviente abolicionista. Y sin embargo Beccaria había indicado ya, como precursor, que «la experiencia de todos los siglos demuestra que la pena de muerte nunca ha sido un impedimento para los malvados decididos a hacer daño» (16).

Hoy en día pocos son los que creen en esa virtud de prevención general, e incluso especial, en la que iba envuelta la pena. Tratándose de la pena de muerte, la evidencia es dramática, ya que ésta es irreversible. Numerosos estudios han llegado en efecto a la conclusión de que la intimidación colectiva sólo es un mito o, al menos, que su valor preventivo es científicamente indemostrable. Salvo al-

(15) A este respecto, G.J. CALLANDRAUD nos recuerda hasta qué punto fue fértil la imaginación de los actores de la reacción social a lo largo de nuestra historia, in *De l'exécution capitale à travers les civilisations et les ages*, Ed. J. Cl. Lattes, coll. Documents, 1979, 234 p; ver también A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, PUF, *Que sais-je?*, n.º 690, pag. 66 y ss.; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Ed. Gallimard, 1976, pag. 9 y ss.; ver los *Informes Anuales* de Amnistía Internacional, y en particular el Informe 91, EFAI, 1991, 320 pag.

(16) Cf. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764. Ed. Flammarion, coll. Champs 1979, pag. 90 y ss.; J. IMBERT, *La peine de mort*, PUF, *Que sais-je?*, n.º 1834, 1989, pag. 124; ver también el pertinente comentario de DUCPÉTIAX, citado por J.M. BLOCH, «La peine de mort en France», in A. CAMUS y A. KOESTLER, *Réflexions sur la peine capitale*, Ed. Calmann-Lévy, 1957/1979, pag. 175: «... Para que la pena de muerte sea eficaz es necesario que las ejecuciones se repitan en épocas bastante cercanas; para que las ejecuciones se repitan con cierta regularidad, es indispensable que los delitos sean frecuentes; por lo tanto, la pretendida eficacia del suplicio capital se basa en la frecuencia de los delitos que debiera encargarse de prevenir.»

gunos matices, esas investigaciones no permiten poner de manifiesto de manera significativa, en períodos de observación suficientemente amplios, modificaciones de volumen y de naturaleza respecto a las actividades criminales en cuestión. Ya sea la pena de muerte abolida, mantenida o restablecida, las características generales del fenómeno criminal, y en particular en lo que respecta a los delitos graves contra las personas o los bienes, no permiten llegar a conclusiones fundamentalmente diferentes (17).

1.1.2. Las realidades del utilitarismo

Más allá de los argumentos bien conocidos susceptibles de ser invocados para demostrar las virtudes, todas relativas, de la intimidación, tanto desde un punto de vista jurídico (conocimiento supuesto de la ley penal que, ciertamente, nadie debe ignorar; ausencia de certeza en la aplicación de la sanción, entre otras cosas) (18) como psicológico (delicada estimación exacta del placer buscado —de satisfacción inmediata— y del mal acarreado, por definición alejado), nos ha parecido útil presentar brevemente algunos datos sobre la situación actual en Francia. En ese sentido, la abolición de la pena de muerte, promulgada por la Ley del 19 de octubre de 1981, permite un análisis bastante interesante en términos de evolución de la criminalidad alrededor de esa fecha. El deseo de ser breves nos ha llevado a seleccionar algunos elementos: volumen global de las infracciones registradas entre 1972 y 1990, movimientos específicos de algunas infracciones graves durante el mismo período.

El movimiento global de las infracciones registradas por los servicios de policía y de gendarmería entre 1972 y 1990 (19) indica, en cifras brutas, un aumento significativo de volumen: 3.492.712 en

(17) Respecto a esta cuestión, ver G. TARDE, *La philosophie pénale* (1890), Ed. Cujas, 1972, pag. 533 y ss.; T. SELLIN, «La peine de mort et le meurtre», in *R.S.C.* 1975, pp 739-766; J. PINATEL, *Traité de criminologie*, Ed. Dalloz, 1975, pag. 203 y ss. y referencias mencionadas; M. ANCEL, *La peine de mort dans les pays européens*, pub. Conseil de l'Europe, 1962, pag. 90; M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, pag. 66 y ss.; A. LEAUD, *Amnesty international. Un combat de l'homme pour l'homme*, pub. ADLF, 1983, 192 pag. y pag. 171 y ss.

(18) C. BECCARIA, *op. cit.*, págs. 102-107.

(19) Cf. P. ROBERT, «Les statistiques criminelles ou l'histoire d'un contresens», in *Revue Actes*, 1976/10, pag. 7 y ss.; R. CARIO, *Entre femme et criminelle, Approche conceptuelle et méthodologique*, multigraph., Univ. de Pau 1980, pag. 23 y ss.

1990 frente a los 1.675.507 de 1973 (índice de crecimiento = 2,08). Naturalmente, tal situación, objetiva en cuanto a los hechos registrados y sólo en cuanto a ellos, se debe a una mayor actividad delictiva desarrollada en nuestro territorio. Pero limitarse a esas únicas cifras nos llevaría a una apreciación bastante errónea sobre la evolución observada. En este sentido, la fiabilidad de las series estadísticas es criticada desde hace mucho tiempo, tanto en lo que respecta al fondo como a los métodos utilizados (20): ignorancia de la criminalidad oculta, tratamiento directo por parte de los servicios implicados, doble conteo, etc.. Además, el volumen de las infracciones registradas está ligado fuertemente a la pro-actividad de los servicios de policía y de gendarmería, sometidos a su vez a «leyes» estructurales (personal, medios técnicos y económicos) y «coyunturales» (según que la política criminal se centre en la represión del robo o del gran banditaje, los datos estadísticos variarán considerablemente...). Pero, sobre todo, y en lo esencial, sin ignorar por otra parte la actitud de las víctimas en cuanto a la denuncia de las infracciones soportadas, es importante comparar ese volumen registrado con la población francesa. Este planteamiento, desde nuestro punto de vista, es bastante significativo ya que, al indicar un resultado final idéntico al antes subrayado (62 de cada cien mil habitantes en 1990 frente a los 32 de cada cien mil en 1972), demuestra una evolución creciente e importante entre 1972 y 1981 (pasando de 32 a 53, es decir un índice de progresión de 1,65), y una evolución muy lenta y de poca amplitud entre 1981 y 1990 (de 53 a 62, es decir un índice de progresión de 1,16).

Algunos podrían, no obstante, aun argumentar que, si el volumen global ha aumentado efectivamente, se debe principalmente a hechos «de pequeña delincuencia», ciertamente exasperante para las víctimas, pero de poca gravedad (21). Las estadísticas de crimi-

(20) Consultar los volúmenes de los años correspondientes de *Aspects de la criminalité et la délinquance constatés en France*. Ed. La Documentation Française; esas infracciones registradas son crímenes y delitos, en el sentido del derecho penal; ver *infra*, cuadro n.º 1, pág. 140.

(21) Cf. J. LEAUTÉ, G. TUBACK, y G. BASSOMPIERRE, «Sondage sur l'estimation de la gravité des principales infractions», in *L'Année Sociologique*, 1979/21, pag. 111 y ss.; A. JARRY (dir.), *La petite délinquance. Approche juridique et psychanalytique*, d. Eres, 1988, pág. 166; M.J. GROLLEMUND, *L'indentification des victimes de la petite délinquance*, thèse, multigraph., Pau, 1989, pag. 6 y ss.; R. OTTENHOF, y A. FAVARD (dir.), *Nouvelles approches de criminologie clinique*, Ed. Eres, 1991, pag. 85 y ss.

nalidad aparente nos permiten confirmar dicha aseveración. Así pues, dos series de infracciones susceptibles de llevar a la aplicación de la pena de muerte, claramente delimitadas por las series estadísticas, han sido seleccionadas: se trata de los delitos violentos y de los envenenamientos (22). Entre los años 1973-1981, 2.286 infracciones de este tipo fueron registradas por los servicios de policía judicial, y 2.611 entre 1982 y 1990 (23). Una progresión se sigue observando (1.14), pero vemos que se mantiene una estabilidad relativa, al analizar la de la población francesa durante el mismo período (1.06).

Hay que admitir que esas cifras no son muy elocuentes en lo que respecta a la influencia susceptible de ser ejercida por la aplicación o no de la pena capital. Un último indicador servirá como testimonio de la exacta potencialidad intimidatoria de la pena de muerte: el balance humano de las operaciones de policía judicial. Salvo raras excepciones, los delincuentes que no dudan en eliminar o intentar eliminar físicamente a los agentes de las fuerzas del orden pueden ser considerados como decididos a llevar a cabo, hasta el final, su fechoría criminal. No vacilando ante la atrocidad, que consiste en disparar, con premeditación (la posesión de armas es la prueba flagrante de ello), sobre los que intentan arrestarles durante la realización del acto delictivo, su peligrosidad social es evidente. Los resultados observados llevan a las mismas conclusiones que antes: evolución, sin duda, en lo que respecta a las pérdidas humanas y a las heridas sufridas en operaciones de policía judicial (esta extrapolación no es abusiva, ya que es poco frecuente que en el transcurso de operaciones de mantenimiento del orden tales accidentes se produzcan), pero de manera no significativa sobre el conjunto del período analizado, con fluctuaciones importantes a veces

(22) Hubiese sido interesante ampliar el análisis a otras infracciones susceptibles de aclarar esta cuestión de la intimidación de la pena de muerte, tales como los homicidios sospechosos, los golpes mortales, la toma de rehenes capulosa, los ajustes de cuentas. Desgraciadamente, múltiples modificaciones en los datos relativos a las infracciones han sido introducidas desde 1972, volviendo delicada toda interpretación sobre un período de al menos diez años. Ver no obstante *La criminalité en France en 1988*, pag. 24.

(23) El índice de envenenamientos es de aproximadamente un 30%: una media de 80 por año durante el período 1973-1987. Conviene precisar que durante los años 1974-1990, las mujeres representan una media de 14,78% del total de personas inculpadas (587 frente a 3.382 hombres), y un 17,66% (648 de los 3.669) de extranjeros.

de un año a otro (24). No obstante, más allá de las fórmulas fáciles, tales comportamientos delictivos deben ser fuertemente evitados y sancionados, y todos los que dan su vida o sufren heridas graves para garantizar nuestra seguridad se merecen un homenaje muy especial.

1.2. RETRIBUCIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LA PENA DE MUERTE

Pedir el restablecimiento de la pena de muerte, en tales condiciones, es orientarse, en el peor de los casos hacia una justicia vindicativa. El delincuente que ha cometido una falta, debe sufrir, y ese sufrimiento, evaluado teóricamente en función de la gravedad de la infracción cometida, constituye la retribución y la expiación de la falta cometida. Según las distintas Escuelas, la pena se convierte así en un imperativo categórico de la razón de castigar (Kant), o sigue constituyendo una necesidad dialéctica (Hegel). En ese sentido, los delincuentes son ejecutados, no en una perspectiva global de lucha contra la criminalidad, sino simplemente porque la justicia lo exige, porque la regla de derecho ha sido violada (25).

No es necesario recordar la angustia que se adueña de los condenados a muerte en espera de ejecución (síndrome del «corredor de la muerte») y durante la ejecución de la sanción penal. Numerosos estudios han demostrado la crueldad y la inhumanidad de esa forma de muerte, rara vez inmediata, pero siempre definitiva, sea cual sea el procedimiento utilizado (26). Una actitud así contribuye indiscutiblemente a la regresión del sistema de justicia penal, ya que es abiertamente contraria al objetivo de resocialización al que se asocia hoy en día la pena (27). Esta vuelta a la función moral de la pena, sea cual sea su forma de retribución, es además contraria

(24) Ver *infra*, cuadro n.º 2, pág. 141.

(25) Ver J.H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. *thémis* 1988, pág. 35.

(26) Ver a este respecto la contribución de P. CSOKKA, *supra*, pág. 105 y ss.; ver también A. CAMUS, *op. cit.*, pág. 128 y ss., pág. 140 y ss., p. 174 y ss.; AMNESTY INTERNATIONAL, *La peine de mort dans le monde*, EFAI, 1989, pág. 57 y s., pág. 74 y ss.; R. BADINTER, *L'exécution*, *op. cit.*, pág. 165 y ss.; ver asimismo A. Grahl-Madsen, «The death penalty. The moral, ethical and human rights dimension: the human rights perspective», in *RIDP*, 1987-3/4, pág. 579 y ss.

(27) V. *infra*, pág. 134 y ss.

a las declaraciones internacionales o regionales que prohíben el recurso a la tortura, a los tratos crueles, inhumanos o degradantes (28).

Al término de estas consideraciones de orden penológico, una conclusión se impone: el mantenimiento o el restablecimiento de la pena de muerte sólo procede de la voluntad de eliminación de los delincuentes, sin racionalidad disuasoria alguna. Por consiguiente, todo sistema penal democrático debe orientarse hacia la abolición de la sanción capital, inútil y cruel. Imperativos de orden criminológico llevan, por otra parte, a seguir o mantenerse en esta perspectiva.

2. CONSIDERACIONES DE ORDEN CRIMINOLOGICO SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DE LA PENA DE MUERTE

En completa armonía con la Penología, al menos a nivel teórico, la Criminología sostiene la función de resocialización de la pena (29). A través de la Criminología Clínica participa activamente en el tratamiento del delincuente con vistas a reintegrarlo en el seno de la comunidad humana. Conjuntamente, por las recientes aportaciones en investigación victimológica, intenta favorecer la reparación duradera de las víctimas. ¿Es acaso necesario subrayar que la pena de muerte es la negación de todo tratamiento? Desde ese punto de vista y de manera categórica, la criminología no debería prever tal sanción en la escala de medidas destinadas a prevenir la reiteración de comportamientos criminales (30).

(28) Ver art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 3 de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; ver asimismo la Recomendación 971 (1983) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Comp. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1989, pág. 136 y ss.

(29) Ver M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Ed Cujas, 1980, pág. 253 y ss.; G. Stefani, G. LEVASSEUR, y B. BOULOC, *Droit pénal général*, 12.ª ed., 1984, n.º 407.

(30) Ver J. PINATEL, «Le problème de la peine de mort», in *RIDP*, 1987-3/4, pág. 697 y ss.; M. ANCEL, «La défense sociale nouvelle», *op. cit.*, pág. 272 y ss.

En la misma línea de esa evidencia innegable, dos cuestiones relativas al restablecimiento (o al mantenimiento) o a la abolición de la pena de muerte merecen ser abordadas. En primer lugar, conviene extenderse sobre algunos aspectos criminológicos que envuelven la aplicación de esa sanción, a fin de estigmatizar su carácter injusto y discriminatorio. En segundo lugar, algunas observaciones tenderán a considerar el tratamiento «de sustitución» al que deberían ser sometidos los delincuentes autores de actos de extrema gravedad contra las personas, la autoridad del Estado y los bienes.

2.1. LA PENA DE MUERTE ES INJUSTA Y DISCRIMINATORIA

Una de las características fundamentales de la pena es que debe ser aplicada, sin discriminación alguna, a los delincuentes autores de infracciones de gravedad comparable. Si este principio universal soporta bien todas las facetas jurídico-criminológicas de la individualización de la sanción, se acomoda muy mal con la pena de muerte, en dos series de circunstancias principalmente. La primera es objetiva: se basa en criterios geográficos; la segunda es subjetiva y se fundamenta en las características personales de los delincuentes.

2.1.1. La pena de muerte es injusta

Así, y en primer lugar, una idéntica incriminación no siempre implica la pena de muerte (31). En algunos países, algunas infracciones están especialmente sancionadas con la pena de muerte mientras que en otros no ocurre así. Por consiguiente, el lugar en el que ha sido perpetrada una infracción determina la sanción aplicable, la pena de muerte o la reclusión, a menudo a cadena perpetua. Además, el interesado puede aún librarse de la pena de muerte si,

(31) La situación observable en los Estados Unidos es, en este sentido, bastante ejemplar, en la medida en que algunos Estados están a favor del mantenimiento de la pena de muerte, mientras que otros son abolicionistas. Los delincuentes —a pesar de ser todos ciudadanos americanos— ven, en cada caso, su comportamiento criminal tratado de forma diferente según los Estados. Ver a este respecto «La peine de mort aux États-Unis. Une horrible loterie», EFAI, 1987, pág. 7 y ss.

habiendo cometido un delito sancionado con la pena capital en el Estado demandante, se refugia en un país que rechaza la extradición cuando existe un riesgo de aplicación de trato inhumano (32). Otras circunstancias objetivas pueden también influenciar el veredicto de muerte: composición de los jurados, opinión expresada del «Procureur» en cuanto a la pena de muerte, profesionalismo o inexperience de los abogados (a menudo de oficio) (33), período de relajamiento o de exacerbación del sentimiento de inseguridad (depeñdiendo a su vez de las condiciones socio-económicas y culturales del país en cuestión), existencia o no de vías de recurso, de derecho de indulto real (34), etc. Las propias modalidades de aplicación de la pena capital, finalmente, y en lo esencial, son también de naturaleza anormalmente fluctuantes: plazo y situación penitenciaria entre la condena y la ejecución, elección del procedimiento de ejecución. El carácter injusto de la pena de muerte se ve aún reforzado, si se traslada el análisis al terreno individual, por las discriminaciones que implica.

2.1.2. La pena de muerte es discriminatoria

La mayoría de las investigaciones llevadas a cabo sobre los condenados a muerte, en base por ejemplo a los informes psiquiátricos, confirman que los interesados presentan un perfil muy particular, que comparten además con la mayoría de los delincuentes, al menos con los que acaban en las cárceles. Todos sabemos en efecto que el prisionero tipo es en gran medida joven, de sexo masculino, extranjero, dotado de pocas habilidades lingüísticas, de nivel escolar mediocre, sin formación profesional, de origen socio-económi-

(32) Cf. F. SUDRE, *op. cit.*, pág. 186 y ss.; ver caso Soering, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, decisión del 7 de julio de 1989, serie A, n.º 161. El Tribunal en cuestión ha estimado que el «síndrome del corredor de la muerte» constituye un tratamiento inhumano y degradante y, por consiguiente, que el Estado requerido (Reino Unido) violara el artículo 3 de la CEDH accediendo a la petición del Estado demandante (USA); H. Labayle, «Droits de l'Homme, traitement inhumain et peine capitale: réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour Européenne des droits de l'Homme», in *J.C.P.*, 1990-1, 4352.

(33) V. *supra*, L. Cavise, pág. 36.

(34) Respecto a esta cuestión, ver C. BECCARIA, *op. cit.*, pág. 105 y ss.; G. MILLET, «La grâce comme à la roulette», in *Libération* del 5 de agosto de 1976; L. THIBAUT, *op. cit.*, pág. 83 y ss.; «L'abolition de la peine de mort», *op. cit.*, pág. 64.

co desfavorecido (35). Este perfil anacrónico, rebelde a todo determinismo biológico o social, parece acentuarse aún más entre los condenados a muerte, aquejados con bastante frecuencia de trastornos mentales diversos (36). Los delincuentes menores de edad, en el momento de los hechos, tampoco salen bien parados (37). Sólo las mujeres parecen beneficiarse de una relativa clemencia ya que pocas, relativamente, son efectivamente ejecutadas (38).

(35) Ver M. FIZE, *Qui sont-ils? essai de définition de la population des entrants en prison*, CNERP 1981/13, polycop., pag. 111; C. PAUCHEY, *Les prisons de l'insécurité*, Ed. Ouvrières, 1982, pag. 201; R. CARIO, *op. cit.* (1992), pag. 125 y ss. Otros estudios insisten especialmente en la situación de pobreza en la que se encuentran los condenados y sus familias, lo que les impide poder recurrir a un abogado; otros evocan discriminaciones raciales... Ver «La peine de mort dans le monde», *op. cit.*, pag. 38 y ss. y las ref. mencionadas.

(36) Ver G. CANEPA, «Considérations criminologiques sur la peine de mort», in *RIDP*, 1987-3/4, pag. 351 y ss.; «La peine de mort dans le monde», *op. cit.*, pag. 48 «L'abolition de la peine de mort», *op. cit.*, en la que R. Badinter, «Garde des Sceaux», defendiendo el proyecto de abolición de la pena de muerte, presenta el perfil esquemático de los dos últimos condenados ejecutados en Francia: «... Jérôme Carem: enfermo mental, alcohólico, que ha cometido un crimen espantoso, pero que había cogido de la mano ante todo el pueblo a la niña que iba a matar unos instantes después, demostrando así que ignoraba la fuerza que le iba a arrastrar. Finalmente, Dian-doubi, con una sola pierna y que, sea cual sea el horror —y el término no es demasiado fuerte— de sus crímenes, presentaba todos los signos de un desequilibrio y al que se condujo al patíbulo, tras retirarle su prótesis (...).», pag. 56; ver *intra*, J.P. Bourchard, pag. 161 y ss.; P. Guillaumont y F. Cottanceau, pag. 165 y ss.

(37) Cf. R. OTTENHOF, «La pena de muerte y los menores», in *RIDP*, 1987-3/4, pag. 767; D. SHELDON, «The prohibition of juvenile executions in international Law», in *RIDP*, 1987-3/4, pag. 773 y ss.; «La peine de mort dans le monde», *op. cit.*, pag. 46; «La peine de mort aux États-Unis», *op. cit.*, pag. 41. Estados Unidos es el país que cuenta en sus cárceles la mayor población de menores condenados a muerte del mundo: 31 jóvenes menores de 18 años se encontraban el 31 de julio de 1991 en el «death row», in *Le Monde* del 10 de octubre de 1991.

(38) Cf. L. THIBAUT, *op. cit.*, pag. 82 «... Desde 1950, existe una abolición de hecho de la pena capital para las mujeres: durante la III.^a República, la última ejecución de una mujer tuvo lugar en 1887, y no hubo ninguna más durante más de medio siglo. El Mariscal Pétain fue el primero, después de Jules Grévy, en permitir la ejecución de mujeres; hubo cinco ejecuciones capitales de mujeres por delitos de derecho común durante la guerra. Durante la IV.^a República, bajo el mandato de siete años de Vincent Auriol, cuatro mujeres fueron ejecutadas: dos en 1947, una en 1948 (condenada por el Tribunal Militar por asociación de malhechores), una en 1949...»; J. Blocn-Michel, in *Reflexions sur la peine capitale*, *op. cit.*, pag. 197; ver también art. 6 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos: «... Una sentencia de muerte no puede ser... ejecutada contra mujeres embarazadas»; Comp. «La peine de mort dans le monde», *op. cit.*, pag. 48.

Estas precisiones muy esquemáticas remiten a consideraciones científicas fundamentales, en cuanto a la emergencia y la consolidación de la personalidad criminal de los condenados en general, y a la sanción capital en particular. Los comportamientos criminales gravísimos que se les reprocha no han sido resultado de la casualidad. Se refieren a individuos dotados de un capital psico-lingüístico muy reducido, que no han podido resolver el conflicto en el que se encontraban inmersos y han pasado al acto criminal. Incapaces de simbolizar el afecto procedente del entorno inmediato, lo han gestualizado cometiendo lo irreparable. Los mecanismos neuro-fisiológicos que rigen los comportamientos agresivos hace poco que se conocen. Las aportaciones que se derivan de las investigaciones llevadas a cabo en este campo son fundamentales, debido a que ingisten en el carácter adquirido de la agresividad humana, a finales de este segundo milenio (39). Lo que demuestra la importancia de la educación y del aprendizaje en la socialización de los individuos. La calidad del entorno ecológico de origen, a nivel material o cultural, aparece por lo tanto como primordial en la formación de la personalidad del individuo, en su standardización, o no, al modelo socio-cultural dominante, en un momento dado, en un país determinado. Los delincuentes, a falta de varios y distintos puntos de vista, son incapaces de alcanzar los objetivos fijados por la socio-cultura por medios institucionalizados. Así, superan esas expectativas en tensión desarrollando comportamientos considerados como ilegítimos por la comunidad. Esos atentados serán tanto más graves en cuanto que las necesidades sean imperiosas y los medios disponibles limitados. El carácter discriminatorio de la pena de muerte muestra así, a la luz de estas observaciones abusivamente superficiales, que ésta golpea preferentemente a los menos capacitados de entre nosotros para adaptarse, para integrarse socialmente. Si bien es cierto que todos no pasan al acto criminal, es también indiscutible que la capacidad diferenciadora para pasar al acto de los delincuentes tiene que ver con una estructura de personalidad específica, cuyos rasgos característicos han surgido y se han desarrollado en el seno de una socio-cultura deteriorada. Su consolidación en términos de egocentrismo, de labilidad, de indiferencia afectiva y de agresividad dependerá de la mayor o menor gran acumulación,

(39) Ver H. LABORIT, *La colombe assassinée*, Ed. Grasset, 1983, 211 pág.

entre los interesados, de fuertes carencias psico-sociales, profundas o permanentes (40). Se comprende así que, en tales condiciones, más que imponer su eliminación, lo que se debería imponer es su tratamiento.

2.2. LA SANCIÓN ALTERNATIVA A LA PENA DE MUERTE

Este es sin duda uno de los aspectos más sensibles a la abolición de la pena de muerte, desde el punto de vista de los partidarios de su mantenimiento. La mayoría de los que estarían dispuestos a modificar su postura insisten en efecto en la necesidad de una pena de sustitución, a cumplir en su totalidad: si no una reclusión de por vida, sí al menos un período que no debería ser inferior a 30 años. De entrada, conviene responder que no se puede sustituir un castigo cruel por otro castigo al menos igual de cruel: la pena vitalicia. Numerosas investigaciones han demostrado que el encarcelamiento de larga duración, por las numerosas inhibiciones de la acción que provoca, por las prolongadas expectativas en tensión de cara al futuro alejado que supone, provoca, en los interesados, varios trastornos psico-patológicos irreversibles, que pueden incluso desembocar a veces en el suicidio (41).

De todas formas, y por limitarnos a lo esencial, esa pena de sustitución existe ya en nuestro arsenal represivo: la reclusión a cadena perpetua, acompañada, si procede, de un período de seguridad (42).

(40) Cf. J. PINATEL, «Traité de Criminologie», tomo III, *op. cit.*, pag. 665 y ss.; del mismo autor: *La société criminogène*, Ed. Calmann-Lévy, 1971, 207 pag.; R. CARIO, «Parole et actes, ou le crime analysé comme comportement social différentiel», in *La personnalité criminelle*, R. CARIO y A. M. FAVARD (dir.), Ed. Érès, coll. Criminologie et sciences de l'homme, 1991, pag. 137 y ss.

(41) Comp. C. BECCARIA, *op. cit.*, pag. 93 y ss.; M. SAVEY-CASRAD, «Peut-on remplacer la peine de mort?», in *Revue pénitentiaire*, 1977/4, pag. 551 y ss.; ver M. PEYOT, «De l'élimination... à l'élimination», in *Le Monde* del 10 de octubre de 1991; Sobre la pena de sustitución a la pena de muerte, ver también «Trois séminaires sur la peine de mort», in *R.S.C.*, 1977/4, pag. 919 y ss.; S. PLAWSKI, «L'abolition de la peine de mort», in *Rev. Pénitentiaire*, 1981/4, pag. 173 y ss.; J. PRADEL, *op. cit.*, pag. 553 y ss.; ver J. GOETHALS, «Les effets psycho-sociaux des longues peines d'emprisonnement», in *Déviance et Société*, 1981/4, pag. 81 y ss.; ver también los elocuentes datos sobre el suicidio, las automutilaciones y las huelgas de hambre en las cárceles, in *RAAP*, 1990, *op. cit.*, pag. 193 y ss.

(42) Cf. art. 720-2 y ss. del C.P.P.

Si se considera, por otra parte, *de lege ferenda*, que sólo las infracciones más graves (las que hasta 1981 estaban sujetas a la pena de muerte) pueden llevar a su autor a una condena perpetua (las demás infracciones hasta entonces castigadas con la reclusión a cadena perpetua sólo lo serían por un período de 30 años), el simbolismo de la sanción máxima sería así reintroducido en la jerarquía de las sanciones a disposición de los jueces (43). Por lo demás, un sistema tal deberá ser conforme a la función contemporánea de la pena: conducir a la reinserción social del condenado.

En términos más explícitos aún, y de sentido común, el período que los condenados a privación de libertad pasan a cargo de la sociedad debe estar organizado de manera tendente a evitar la reincidencia a la salida de la cárcel. Desde este punto de vista, los resultados observables hoy en día no son nada esperanzadores. Las tasas de reincidencia (judicial o penitenciaria) suelen ser generalmente superiores al 50%, naturalmente con matices importantes por infracción (44). Algunos estudiosos del tema no dejan de subrayar que, en materia de infracciones graves contra las personas; en su mayoría cometidas por delincuentes primarios, la recaída suele ser bastante excepcional (45). Las razones de esos fracasos son bastante sencillas: la administración penitenciaria no dispone de los me-

(43) Comp. para el simbolismo de la pena de muerte, F. E. ZIMRING y G. HAWKINS, «The path toward the abolition of capital punishment in the industrial west», in *RIDP*, 1987-3/4, pag. 669 y ss.; ver las propuestas de A. PEYREFITTE, in «Réponse à la violence», *op. cit.*, tomo I, pag. 234 y ss.; ver art. 131 del nuevo «Code Pénal».

(44) Ver «Annuaire statistique de la justice 1985», *La documentation française*, pag. 111 y 119; INFORME BONNEMAISON, «La modernisation du service public pénitentiaire», Pub. min. de la Justice, 1989, multigraph., pag. 21 y ss.; R. CARIO, *op. cit.*, pag. 101 y ss.; ADDE, *Le contexte de la récidive, Profils et supports*, estudio realizado entre la población encarcelada en la Prisión de Estrasburgo por el colectivo interprofesional «Justice» y el Centro de Estudios e Investigación sobre la intervención social, multigraph., 1991, 110 pag.; ver DELBOS, Cl. TASCÓN-MENNETRIER, N. BOUCHER, y A. RUTHERFORD, «Développer des réponses locales face à la récidive», in *Conférence internationale sur la sécurité, les drogues et la prévention de la délinquance en milieu urbain*, polycop., thème 3, pub. Délég. Interministérielle à la ville, 1991, multigraph., 52 pag.; ver también P. TOURNIER y V. DUPONT, *Le retour en prison, Analyse rétrospective de la cohorte des condamnés à des peines de 3 ans et plus, libérée en 1976*, CNERP, Travaux et Documents, 1982/14, polycop., 112 pag.

(45) Ver G. CANEPA, *op. cit.*, pag. 355; T. SELLIN, «The penalty of death», *op. cit.*, que apunta en la pag. 110 que «los asesinos puestos en libertad condicional reinciden a veces, pero en número ínfimo comparado con los liberados condicionales que cometen homicidios».

dios para llevar a cabo esa política de resocialización de los condenados, y la sociedad civil no hace nada por reintegrarlos una vez cumplida su pena. No es necesario, en tales condiciones, elaborar conjeturas sobre esos fracasos, ni intentar interpretarlos con un discurso científico de sentido común muy alejado, incluso indiferente, sobre la realidad de la cárcel (46). Algunos indicadores no dejan lugar a dudas a este respecto. Las cárceles suelen contar con un vigilante por cada tres detenidos, un educador por cada sesenta detenidos, un asistente social por cada cien detenidos, un maestro por cada doscientos detenidos (47). El personal médico en la mayoría de los casos no es fijo, no dispone de los medios necesarios y se encuentra totalmente desbordado (48).

En la misma línea, se puede también recalcar el exceso de población en los establecimientos penitenciarios: una media de 130%, superando el 200% en algunos centros (49). ¿Cómo preparar a la reinserción social en tales condiciones cuando, además, la duración media de la pena es de aproximadamente seis meses? ¿Y qué decir de la situación de los preventivos cuya proporción, dentro de la población penal, es anormalmente elevada (50)?

Para salir de este círculo vicioso de hipocresía, hay que instaurar una política criminal coherente, relauva a los individuos cuyo comportamiento choca con los puntos fuertes de la conciencia co-

(46) Ver X. RAUFFER, *Le cimetière des utopies*, Ed. Suger, 1985, 289 pag.; M.L. RASSAT, *Pour une politique anticriminelle de bon sens*, Ed. La table ronde, 1983, 204 pag.; M. CUSSON, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, 342 pag.; J. PINATEL, «Paradoxes et regressions en droit penal et en criminologie», in *RIDP*, 1987 1/2, pag. 223 y ss.; L. NÉGRIER-DORMONT, *Criminologie*, Ed. Les Cours de Droit, 1989, 252 pag.

(47) Ver R. CARIO, «L'amélioration du climat social dans le monde pénitentiaire», in *Revue pénitentiaire*, 1992/2 pag. 123 y ss.

(48) Ver A. CHEMIN, «La prison met à mal l'éthique médicale», in *Le Monde* n.º 7 de abril de 1992; D. GONIN, *La santé incarcérée*, Ed. L'archipel, 1991, 259 pag.

(49) Ver por ejemplo el último «Rapport annuel de l'Administration pénitentiaire», 1990, Ed. min. de la Justice, pag. 179 y ss.

(50) Para comparar la situación francesa con la de los Estados miembros del Consejo de Europa, consultar el *Bulletin d'information pénitentiaire*, sept. 1990/15, Consejo de Europa, consultar el *Bulletin d'information pénitentiaire*, sept. 1990/15, pub. du Conseil de l'Europe, pag. 4 y ss. Veremos así que Francia ocupa la 4.ª posición en cuanto a la tasa de condenas firmes por cada cien mil habitantes (148,9. Dicha cifra ostenta la tasa más elevada: 166,2); la tasa de ocupación de los establecimientos penitenciarios era, en las mismas fechas, la más alta de Europa: 148,8%; la tasa de preventivos era de 44,3 en Francia, por detrás de Bélgica (50,7) y de Italia (49,3).

lectiva (51), y expresa la cristalización negativa de un «conflicto de cultura» en el sentido más amplio del término (52). Entre los elementos a considerar, dos aparecen como evidentes y complementarios: vaciar masivamente los establecimientos penitenciarios, limitando la sanción privativa de libertad a los comportamientos más graves (de por sí o por su repetición) y aplicar a los condenados a la cárcel un auténtico tratamiento de resocialización.

En el primer caso, referente a una parte muy mayoritaria de la población penal, habrá que desarrollar, de cara a los delincuentes no susceptibles de ser encarcelados, todo el arsenal de medidas alternativas disponibles, a crear o a «reinventar». La deslocalización de las formas y estructuras de la reacción social, reforzada por una mayor participación comunitaria a nivel de prevención y de lucha contra la criminalidad, debería hacer más creíble, más accesible y más efectiva la gestión de las emociones y de los daños provocados por los actos delictivos (53). La puesta en relación de los protagonistas de la infracción, bajo control judicial delegado, servirá para favorecer la mediatización de los afectados y, por consiguiente, permitir a los sistemas nerviosos actuar eficazmente sobre su entorno. Así pues, la mediación penal, la conciliación, la reparación, incluso la restauración de la víctima, el control judicial socio-educativo, el trabajo dentro de la comunidad, para reducir la intervención judicial, constituyen modos sociales de resolución de conflictos; sin por ello desinsertar socialmente a los interesados (o comprometer su inserción por definición ya delicada) (54).

(51) Ver E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique* (1895), PUF, 1981, pag. 67 y ss.

(52) Ver T. SELLIN, *Conflicts de culture et criminalité* (1938), Ed. Predone, 1984, 111 pag.

(53) Ver C. LAZERGES, *La politique criminelle*, PUF, Que sais-je?, n.º 2356, 1987, pag. 103 y ss.

(54) Ver «Conférence internationale sur la sécurité, les drogues et la prévention de la délinquance en milieu urbain», *op. cit.*, fichas de casos 1 a 11; J. FAGET, *Le rôle pénal. Milieu ouvert et décentralisation de la politique criminelle*, Ed. Gencol/min. Justice, 1989, 307 pag.; ver también A. M. FAVARD, M. VEUNAC, y J. CASTAGNEDE, «Prevention et participation communautaire», in *Nouvelles approches de criminologie clinique*, *op. cit.*, pag. 113 y ss.; *Les expériences de médiation-réparation en matière pénale à l'égard des mineurs*, Dir. protection jur. de la jeunesse, multi-graph., 1990, 55 y 94 pag.; F. DONKER, y J. ZERMATTEN, *Nouvelles tendances dans le droit pénal des mineurs*, Ed. Max-Planck-Institut, 1990, 270 pag.

En el segundo caso, respecto a los condenados a una pena privativa de libertad, será necesario implantar un auténtico tratamiento de resocialización adaptado a la personalidad de los interesados. La criminología clínica ha ofrecido múltiples instrumentos de apreciación de la capacidad delictiva y de adaptabilidad social de los delincuentes (55). Sin caer en el exceso de propuestas inadmisibles (de tipo lobotómico por ejemplo) y admitiendo, modestamente, los límites actuales de las ciencias humanas (en materia de neurofisiología de los comportamientos humanos, de psicología en su sentido más amplio, entre otros), los informes periciales elaborados al respecto deberían poder conducir a proponer un tratamiento lo más claramente individualizado. Siempre, por supuesto, que se acondicionen las instalaciones penitenciarias (aligerándolas de una parte importante de la población actual, cf. *supra*), destinando a las mismas a personal especialmente formado para esa resocialización (desde el vigilante hasta el asistente social, pasando por los encargados de los servicios médicos, educativos, escolares —enseñanza inicial y profesional—, culturales, etc.), con un presupuesto suficiente reservado al funcionamiento de tal estructura, y si la sociedad civil acepta recibir en su seno a los liberados, los riesgos de reincidencia se verán fuertemente reducidos. Naturalmente, conviene añadir a esta lista un poco idealista la adhesión del interesado a «su» tratamiento de resocialización. En caso de negativa (expresada) o de imposibilidad (deducida), la vuelta a la vida libre de esos individuos considerados como peligrosos (en función de los actos cometidos y/o de las características de personalidad observadas) debería retrasarse. En caso de necesidad, su tratamiento en medio psiquiátrico (orientado una vez más hacia la resocialización futura) debería considerarse, ya sea dentro de establecimientos penitenciarios especializados, ya sea en unidades especializadas de hospitales psiquiátricos (56).

(55) Ver J. PINATEL, *Criminologie*, tome III, pág. 505 y ss.; R. GASSIN, *op. cit.*, pág. 641 y ss.

(56) Sobre esta difícil cuestión, ver P. DARBEDA, «Prison et psychiatrie», *R.S.C.*, 1989/2, pág. 632 y ss.; B. BOULOC, *PÉNOLOGIE*, *op. cit.*, pág. 358 y ss.; A. GRASSET, y A. MATHE, «Le psychiatre et le fonctionnement du système pénitentiaire», in *Instantanés criminologiques*, 1975/27, pág. 3 y ss.; Sobre las unidades para enfermos difíciles (UMD), ver M. BÉNÉZEC, y C. GAUSSARES, «Unités pour malades difficiles», in *Encyclopédie Médico-chirurgicale. Psychiatrie*, n.º 37952, AIO (II-1990); cf. también «The

A falta de una modificación de envergadura de nuestro sistema de tratamiento penitenciario, la prisión sólo podrá generar reincidencia. Bastante numerosos son los que se declaran muy pesimistas en cuanto a las potencialidades de la cárcel, por razones a veces muy divergentes, unos insistiendo en las limitaciones estructurales de la propia institución, otros en la determinación de los interesados en seguir siendo delincuentes (57). Sin embargo, bajo reserva de las condiciones mencionadas, no nos parece nada imposible preparar eficazmente para la reinserción social a los delincuentes cuyo comportamiento delictivo, reconocido como de evidente gravedad, constituye no obstante la expresión en bruto de carencias profundas y múltiples aparecidas y consolidadas en el transcurso de un proceso de socialización anormalmente defectuoso. Esta atención bio-psicológica y social de cara a los condenados a la privación de libertad podría organizarse en base a unidades descentralizadas parecidas a los actuales servicios médico-psicológicos regionales (los SMPR, 18 en la actualidad) (58) dotados de recursos propios suficientes, a los que se asociarían (por acuerdos firmados) los sectores civiles más punteros y capacitados para favorecer la resocialización.

* * *

protection of persons suffering from mental disorders», in *Nouvelles études pénales*, Ed. Éres, 1981/3, 87 pág.; *Recommandations R (82) 17*, «Détenus et traitement des détenus dangereux», Pub. Conseil de l'Europe, 1983, pág. 48.

(57) Ver S. BUFFARD, *Le froid pénitentiaire ou l'impossible réforme des prisons*, Ed. Le Seuil, 1973, 221 pág.; J. M. VARAULT, *Des prisons pour quoi faire?*, Ed. La table ronde, 1972, 263 pág.; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Ed. Gallimard, 1975, 318 pág.; C. PAUCHET, *Les prisons de l'insécurité*, Ed. Ouvrières, 1982, 201 pág.; J. PINATEL, «La crise pénitentiaire», in *L'année sociologique*, 1973/24, pág. 13 y ss.; del mismo autor: «La prison peut-elle être transformée en institution de traitement?», in *Annales internationales de criminologie*, 1969, pág. 33 y ss.; P. COUVRAI, «La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945», in *R.S.C.*, 1985/2, pág. 231 y ss.; P. O'BRIEN, *Correction ou châtement*, PUF, 1988, 342 pág.; J.H. SIV, *Punir ou réhabiliter*, Presses univ. Aix/Economica, 1990, 135 pág.; G. LEMIRE, *Anatomie de la prison*, Presses univ. Montreal/Economica, 1990, 195 pág.; ver también X. RAUFER, «Le cimetière des utopies», *op. cit.*; M.L. RASSAT, «Pour une politique anti-criminelle de bon sens», *op. cit.*; M. CUSSON, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1990, 170 pág.

(58) Ver RAPP, 1990, *op. cit.*, pág. 325 y ss.; ver también «Pratique psychiatrique dans les centres médico-psychologiques régionaux pénitentiaires», in número especial de *L'information psychiatrique*, 1983/59-2, pág. 137 y ss.; F. COTTANCEAU, *Psychiatrie ambiguë et marginale: le monde carcéral*, Mémoire C.E.S. de Psychiatrie, Univ. de Poitiers, 1984, multigraph., pág. 112.

Como conclusión a estas consideraciones de orden penológico y criminológico sobre la pena de muerte, tres evidencias parecen desprenderse: ineficaz para prevenir o alejar de la delincuencia, la pena de muerte, cruel, injusta y discriminatoria, puede ventajosamente ser sustituida por un auténtico tratamiento de resocialización. A falta de tal orientación, «afirmar que un hombre debe estar totalmente apartado de la sociedad porque es muy malo es como decir que la sociedad es muy buena, lo que nadie sensato podrá creerse hoy en día (59). Además, en una sociedad en la que la muerte accidental, injusta por lo tanto, no sólo es consecuencia, afortunadamente, de la criminalidad violenta, conviene ser muy reservado en cuanto a la aplicación de dicha sanción. Se debe, por otra parte, dudar ampliamente del simbolismo de la sanción penal en general, y más sencillamente constatar, al igual que A. Dumas, que el consenso entre la sociedad (la opinión pública) y el condenado para abolir el delito cometido, por medio de la prueba impuesta, ya no existe hoy en día. «Desde el juez hasta el abogado, desde el funcionario de prisión hasta cada ciudadano ¿conseguiremos ser solidarios en humanidad con los que han violado las leyes y ultrajado al inocente? La solidaridad implica una participación activa en toda situación, antes y después del delito, momento arbitrariamente separado de un conjunto, fuera del cual no es más que un acto aberrante, malo y extraño» (60).

Pero lo peor ciertamente es el carácter irreversible de la pena de muerte, que no debe dejar el menor lugar al error judicial. E incluso desde ese punto de vista, lo irreparable ha podido haberse cometido recientemente en nuestro país con ocasión de una de las últimas ejecuciones capitales, el 28 de julio de 1976 (61). Por consiguiente, el conjunto de estos argumentos debe bastar, en el umbral de este tercer milenio, «a toda conciencia ávida de justicia, para condenar la pena de muerte» (62) y, naturalmente, para permitir su restablecimiento.

(59) A. CAMUS, «Réflexions sur la guillotine», *op. cit.*, pag. 164.

(60) Cf. A. DUMAS, «Peine de mort», in *Encyclopédia Universalis*, 1989, Corpus/17, pag. 753 y ss.

(61) Ver a este respecto «L'abolition de la peine de mort», *op. cit.*, pag. 56; G. Perrault, *Le pull-over rouge*, Ed. Ramsay, 1983, 440 pag.; E. Piénel, «La seconde mort» de Ch. Rauucci, in *Le Monde* del 4 de septiembre de 1990.

(62) Cf. R. BADINTER, in «L'abolition de la peine de mort», *op. cit.*, pag. 56.

CUADRO n.º 1
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE INFRACCIONES
REGISTRADAS ENTRE 1972 Y 1990

LA PENA DE MUERTE EN LOS ALBORES DEL TERCER MILENIO		
Año	Número de infracciones	Relación con la población francesa (por cada cien mil habitantes) (5)
1972	1.675.507	32
1973	1.763.372	34
1974	1.827.373	35
1975	1.912.327	36
1976	1.823.953	29
1977	2.097.919	33
1978	2.147.832	40
1979	2.330.566	44
1980	2.627.508	49
1981	2.890.020	53
1982	3.413.682	63
1983	3.563.975	65
1984	3.681.453	67
1985	3.579.194	65
1986	3.292.189	60
1987	3.170.970	57
1988	3.132.694	56
1989	3.266.442	58
1990	3.492.712	62

CUADRO N.º 2
MIEMBROS DE LAS FUERZAS DEL ORDEN ASESINADOS
O HERIDOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

ROBERTO GARCÍA: CONSIDERACIONES DE ORDEN CRIMINOLÓGICO						
Años	Muertos		Heridos		Total	
	Policías	Gendarmes	Policías	Gendarmes	Asegurados (1)	Heridos
1973	4	2	167	77	6	244
1974	7	—	184	131	7	315
1975	5	3	208	282	8	490
1976	8	1	203	227	9	430
1977	7	4	159	220	11	379
1978	5	2	163	254	7	417
1979	10	5	215	493	15	708
1980	9	6	242	309	15	551
1981	13	—	225	326	3	551
1982	8	6	285	350	14	635
1983	9	3	359	380	12	639
1984	11	6	359	315	17	588
1985	6	5	330	245	11	572
1986	5	4	266	273	9	539
1987	3	8	282	219	11	501
1988	3	7	297	215	10	512
1989	4	2	333	201	6	534
1990	2	1	366	201	3	567
1991	4	1	300	275	5	575

(1) Durante los años anteriores, se registraron los siguientes resultados: 1966 = 19; 1967 = 15; 1968 = 13; 1969 = 19; 1970 = 11; 1971 = 4; 1972 = 4.

LA MUERTE DE UN NIÑO

Reynald OTTENHOF (1)

Con este título, original de Jean Cau (Gallimard, 1965), iniciamos el estudio de la única cuestión que hubiéramos preferido no abordar: la aplicación de la pena de muerte a menores (2). La idea puede parecer aberrante hoy en día, a menos que nos limitemos a abordar los aspectos históricos. Es legítimo pensar a priori que el legislador moderno, al optar por la primacía de las medidas educativas sobre las medidas represivas, ha desterrado para siempre la pena de muerte del abanico de sanciones aplicables a los menores. Es muy difícil admitir que una pena tan cruel, eliminadora, tan desesperada con respecto a la posibilidad de socialización del menor, sea dictada y ejecutada en nombre de una convicción tan radical como la incorregibilidad de un sujeto menor de edad. Pero la realidad está ahí, consternante e inaceptable. Por encima de la tan ex-

(1) Profesor en la Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, Director del Centro de Investigación y de Estudios sobre delincuencia e inadaptación juvenil, Secretario General de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

(2) Este texto recoge en líneas generales un estudio que publicamos en la *Revue Internationale de droit pénal*, vol. 58, pág. 767 y ss.

LA PENA DE MUERTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Jean Pierre Matus Acuña

Profesor Asistente de Derecho Penal en la Universidad de Talca

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

LA PENA DE MUERTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

*Por Jean Pierre Matus Acuña***

1 INTRODUCCIÓN

En su obra "La pena de muerte. 6 respuestas" (U. de Valladolid, 1975), reunió el Profesor Marino Barbero junto a su excelente artículo sobre "La pena de muerte en el derecho histórico y actual", varios aportes significativos en la materia, apareciendo entre ellos un interés manifiesto por el estado de la cuestión entre las naciones que reconocen a España como su "madre patria", reflejado en el muy informado trabajo del Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.

Este interés del Prof. Barbero sobre lo que sucede en el ámbito penal allende los mares, merece en esta ocasión una retribución que, por una parte, sirva en una mínima medida para salvar la escasez bibliográfica que denunciaba el Prof. Berdugo (1975:82), y por otra parte, como modesto homenaje a quien con sus obras y sus acciones ha mostrado el camino de las ciencias penales no sólo a quienes son propiamente sus discípulos, sino también a quienes de lejos admiran su trabajo científico y hacen propias sus enseñanzas.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Código penal chileno de 1874 contemplaba un número importante de delitos a los cuales se asignaba como pena absoluta y única la de muerte:

** Abogado P.U.C. de Chile, Dr. y Mg. en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho Penal en la Universidad de Talca.

Con anterioridad a la promulgación del Código penal de 1874, permanecieron en vigencia en Chile las leyes españolas, de cuya "lugubre historia", plétora de las más refinadas barbaridades -sólo en las Partidas se cuentan las siguientes: cortar la cabeza con espada o cuchillo "et non con segur nin con foz de segar otrosi pudiendo enforcar o quemar, o echarlo a las bestias bravas que lo mate" (Part. VII, tit. XXXVI, Ley

Este sistema de pena *absoluta* permaneció vigente hasta la dictación de la ley 17.266, de 6 de enero de 1970, mediante la cual se modificaron las penas asignadas a los *delitos capitales*, de manera que la muerte no fuera la única sanción aplicable, ni que a ella se pudiese llegar mediante el juego de las circunstancias agravantes del delito o por alguna regla concursal. Hasta esa fecha, se habían ejecutado en Chile, por fusilamiento, unas 60 personas⁶¹. El efecto de esta reforma en la jurisdicción *ordinaria* común se hizo sentir de inmediato. Desde esa fecha y hasta el presente sólo se ejecutaron dos sentencias de muerte dictadas por los Tribunales Ordinarios, que significaron la muerte por fusilamiento de cuatro miembros de las fuerzas de seguridad de la dictadura militar: dos en 1982, por el delito de robo con homicidio de unos funcionarios bancarios; y otros dos en 1985, por delitos reiterados de robo con homicidio, secuestros y violaciones. Desde el retorno a las formas democráticas, en 1990, no se ha ejecutado ninguna condena de muerte, aunque el Presidente de la República se ha visto una vez en la obligación de ejercer su facultad de indultar a un condenado a muerte, después de terminado el proceso judicial con una sentencia condenatoria de nuestra Corte Suprema.

Sin embargo, estas cifras no representan la realidad vivida en Chile a partir del Golpe de Estado de 1973, donde con la declaración de *Estado de Sitio* y la instauración de *Consejos de Guerra*—Tribunales Militares especiales—, la dictadura militar ejecutó sumariamente y sin forma de juicio durante los primeros meses de su instalación al menos a 59 personas civiles⁶². Además,

61] [e también] si el Mero voviere con christiana casada sea apedreado por ello, e ella sea puesta en poder de su marido, que lo quiere o la suelte o faga de ella lo que quisiere [Part. VII, tit. XXV, Ley 19] da cuenta BARBERO (1975 61-78). Leyes que sólo sufrieron algunas modificaciones no sustantivas introducidas por las primeras normas patrias: lo que, en palabras de FUEN/ALIDA (1983 1-10) llegó a producir un verdadero "arrago de leyes, desusadas muchas de ellas", donde la "arbitrariedad judicial necesaria con las Partidas y la Novísima" sólo se atemperaba con la prudencia de los tribunales. Como ejemplo de pena "desusada", FERNANDEZ (1899 214) menciona la del "culebrón", contemplada en la Part. VII, Tit. VIII, Ley 8^a, consistente en castigar al parricida, encerrándolo en un saco con un perro, un gallo, una culebra y un sismo, y arrojado enseguida al mar o a un río, y entre las que al parecer se aplicaron, "la pena del fuero impuesto a los reos de bestialidad por la ley 1^a tit. 28, lib. 12. Nov. R."

62] Fuente: *Amnesia Internacional. Cuando es el Estado el que mata*, p. 146.

63] Fuente: *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación* vol I, Reedicción, Santiago 1996, p. 883. Aunque la formación y funcionamiento de los *Consejos de Guerra* se encontraba regulada con anterioridad al Golpe de Septiembre de 1973 por el Código de Justicia Militar (Título III, Libro I), lo cierto es que su constitución, funcionamiento y las sentencias que en ellos se dictaron no se ajustaron en lo absoluto a dichas normas, ni al ordenamiento jurídico que la Junta Militar debía respetar, según señala el *Informe* vol I, p. 7938, al punto que muchas veces se ejecutaron civiles por delitos militares cometidos antes del Golpe de Estado y ni siquiera se entregaron los cuerpos de los ejecutados a sus familiares (tal como lo ordena el artículo 240 del Código de Justicia Militar). La ocultación de los cuerpos, como asimismo el extraño "incendio" que según el Ejército de Chile habrían destruido las actas los *Consejos de Guerra* que organizaron las ejecuciones (*Informe* vol I, p. 84), son hechos que no pueden dejarse de lado a la hora de juzgar la seriedad de dichos procesos. Por último, cabe hacer notar que la según según el Código de Justicia Militar, es el "General en Jefe" de la zona declarada en Estado de Sitio la autoridad máxima de sus *Consejos de Guerra* y que por Decreto Ley N° 3 a Junta Militar se declaró a sí misma "General en Jefe" de todos los territorios en Estado de Emergencia.

según los informes más conservadores, alegando "ley de fuga"⁶⁴, en pscndos "enfrentamientos", y a través de torturas, los servicios de seguridad de la dictadura militar dieron muerte al menos a 1.009 personas, a las que se deben otros 957 detenidos-desaparecidos⁶⁵.

Esta profusión de ejecuciones al margen de la legalidad explican bien por qué la dictadura militar no necesitó reformar excesivamente la legislación ordinaria y aún la especial, limitándose a modestas, pero significativas modificaciones que ampliaron el *ámbito jurídico* de la pena de muerte.

Así, en el Código penal, el D.L. 2.967 de 11 de diciembre de 1979, agrega al Código penal el artículo 372bis, en el cual se contempla de pena de presidio perpetuo a muerte para el que con motivo u ocasión del delito de violación o sodomía, cometiere, además, homicidio en la persona de la víctima. En la misma línea, la "Ley" N° 18.222, de 28 de mayo de 1983, impone la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte al que secuestra un adulto o sustrae un menor si con motivo u ocasión del secuestro o la sustracción se "cometiere" o resulta además homicido, violación, castración, mutilaciones o lesiones graves: presidio mayor en su grado máximo a muerte" (artículos 141 inc. final, 142 inc. 2° N° 2 y 142 inc 3° N°2, o se trate de la sustracción de un menor de 10 años hecha para "obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones". Y en el ámbito de la legislación especial,

64] Por D.L. N° 5 de 12 de septiembre de 1973, se pretendió justificar las ejecuciones sin forma de juicio, pareciendo una inexistente "ley de fuga", mediante una justificación genérica para dar muerte "al que violente o maltratare de obra a un guardia", disponiendo que "cuando la seguridad de los atacados no exigiere podrán ser muertos en el acto los hechores", a pesar que el propio artículo 281 del Código de Justicia Militar no contemplaba la muerte como pena para ese delito, el cual tenía tal máximo de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), si el hecho causaba lesiones leves o no causaba ninguna, y un máximo de presidio mayor en su grado medio a perpetuo, si se causaban lesiones graves o muerte. El uso de armas contra un prisionero de guerra fugitivo sólo se estableció en el artículo 374 del Código de Justicia Militar vigente a la época: si efectivamente se trataba de "un prisionero de guerra" en tiempos de guerra y el fugitivo no obedecía a la intmación de detenerse (vid. ASTROSA (1985 537)).

65] Fuente: *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*, vol I, p. 883. Cifras similares se demuestran ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas durante la dictadura militar, un resumen de las cuales se encuentra en el informe sobre la "Cuestión de los Derechos Humanos de Todas Las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Cuestión de las Desapariciones Forzadas", E/CN.4/1991/20 de 17-01-1991, pp. 16 a 19. Un informe anterior de esta Comisión (E/CN.4/1381 de 9-01-89) justificó la Resolución N° 11 del XXXV Período de la Asamblea General de las Naciones Unidas (24-1-79), que representó al Estado de Chile "su profunda consternación e indignación por estas masivas muertes y desapariciones. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile para el 60° Período de Sesiones de la Organización de Estados Americanos (OEA/Ser. L/V/II) 66*, pp. 875, concluye que "el Gobierno de Chile ha empleado prácticamente la totalidad de los métodos conocidos para la eliminación física de los disidentes, entre otros, desapariciones, ejecuciones sumarias individuales y aún de grupos de personas indefensas, ejecuciones decretadas en procesos sin ninguna garantía legal, tortura y violencia indiscriminada y excesiva contra manifestaciones públicas" y por tanto "que no se trata de excesos individuales explicables en el contexto de una lucha armada contra el enemigo interno, sino que, por el contrario, obedecen al propósito deliberado del Gobierno de Chile de eliminar toda forma de disidencia aún a costa de violaciones tan graves al derecho a la vida como las documentadas en este capítulo".

la misma "Ley" 18.222, fijó la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte para el secuestro con finalidad política, contemplado en el artículo 5° b) de la Ley de Seguridad del Estado. Sólo un cuerpo legal autónomo, que prodiga condenas capitales, fue dictado por la Junta Militar: La "Ley" N° 18.314 de 17 de mayo de 1984, que "determina conductas terroristas y fija su penalidad", en cuyo artículo 2° se contemplaba la pena de presidio perpetuo a muerte, si "resultare la muerte de una persona" en la comisión de alguno de los muchos atentados a las autoridades temporales y espirituales (donde se incluyen desde el Presidente de la República hasta los curas párrocos!!!), colocación de explosivos, actos de piratería aérea, interrupción de las comunicaciones y carreteras, etc., que en profusamente se contemplaban en los 16 numerales de su artículo 1°, amén de contemplar, además, las conocidas penas de presidio mayor en su grado máximo a muerte para el secuestro de autoridades, si con motivo u ocasión del mismo se cometiere, además, homicidio, violación, castración, mutilaciones o lesiones graves. En cuanto al Código de Justicia Militar, sólo por medio del artículo 3° del D.L. 3.425, de 14 de junio de 1980, agregó la Junta Militar nuevos casos de penas de muerte: los delitos avería o pérdida de buques de la Armada, "en tiempo de guerra o en campaña", artículos 384 y 385 de dicho cuerpo legal.

¿Cómo justificaba entonces la dictadura militar la imposición de penas de muerte en los *Consejos de Guerra*? Simplemente mediante un "artificio legal" consistente en declarar por D.L. N° 5 de 12 de septiembre de 1973, que el país estaba en "estado o tiempo de guerra" para los efectos de "la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales". Esta disposición se complementó con el artículo 1 del D.L. 559, de 12 de julio de 1974 se agregó un artículo 5° c) a la Ley de Seguridad del Estado, que elevó en un grado la penalidad de todos los delitos "contra la Seguridad Interior del Estado" (artículos 5° a) y b) de dicha Ley), si se cometían en el autodeclarado "tiempo de guerra", agregando que si ese grado de aumento "fuera la [pena] de muerte se aplicará ella precisamente". Con esta "justificación legal", los *Consejos de Guerra* procedieron a aplicar a sus sentenciados las disposiciones del Código de Justicia Militar del año 1926, de la ya citada Ley de Seguridad del Estado y de la Ley de Control de Armas, del año 1972, que en conjunto contemplaban para los "tiempos de guerra" numerosos casos de delitos a los cuales podía aplicarse la pena de muerte. Así, sólo por mencionar algunos casos en que el Código de Justicia Militar contemplaba la pena de muerte para delitos cometidos *por civiles*, en tiempos de guerra o en campaña, se encuentran: "favorecer al enemigo o perjudicar las tropas chilenas" (artículo 248.2°); participar en una rebelión o sublevación militar (artículo 265); promover o colaborar en y con una insubordinación militar (artículo 274); la desertión de un conscripto (artículo 320.1° y 321); la

inducción a la desertión (artículo 324); el suministro de productos o víveres averiados (artículo 346); la sustracción de caudales del Ejército (artículo 348); la destrucción por medio de bombas u otros medios de instalaciones militares (artículos 350 y 351); el robo de material de guerra (artículo 354); el comercio con el "enemigo" (artículo 372); la sublevación o motín de prisioneros (artículo 375); y las violencias contra un policía de carabineros con resultado de muerte (artículo 416 N° 1). En la Ley de Seguridad del Estado, debía aplicarse la pena de muerte a los que "con el propósito de alterar el orden institucional" atentaren contra la vida y la integridad de las personas, "en razón del cargo que desempeñen" . o contra su cónyuge, ascendiente o descendiente o hermano (artículo 5° a). Y en la Ley Sobre Control de Armas, se contemplaba la pena de muerte para "tiempos de guerra", en los delitos de organización de bandas armadas (artículo 8°), fabricación, importación, transporte, almacenaje, etc. de armas de fuego, municiones, explosivos, instalaciones para su fabricación y precursores químicos destinados a ella (artículo 10°); porte de armas de fuego sin la debida autorización (artículo 11°); y posesión o porte de armas de uso militar exclusivo (artículos 13° y 14°).

Sin embargo, como señala el *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*, vol. I, p. 81, la aplicación de estas "nuevas" penalidades por los Consejos de Guerra y demás Tribunales Militares, fue hecha "con infracción de fundamentales normas legales y esenciales principios éticos", recayendo sus sentencias en "hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, contraviniendo en forma expresa las disposiciones de los artículos 11 de la Constitución Política de 1925, vigente a la época, y 18 del Código Penal, que consagran la irretroactividad de la ley penal, principio universalmente aceptado".

Una vez que la República retornó a las formas democráticas, y mediante la publicación del Decreto N° 873, de 5 de enero de 1991, que "aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", conforme dispone el su artículo 4.2, quedó fijado el ámbito jurídico de aplicación de la pena de muerte, según el sistema progresivo de eliminación de dicha pena que esa disposición contempla, imponiendo la obligación de "no extender su aplicación a delitos a los cuales no se la aplicó" a la fecha de su entrada en vigor en Chile.

Después de la entrada en vigor del Pacto de San José de Costa Rica, el Gobierno de Patricio Aylwin promulgó la ley N° 19.029, de 23 de enero

La Comisión hace constar también "su repulsa hacia el incumplimiento reiterado de la disposición del artículo 84 del Código [Penal] lo que ha producido tin dolor y sufrimientos irreparables, prolongados hasta hoy en un mantenido y justo resentimiento por la violación de una humana y noble obligación legal. Dicha disposición obliga a entregar el cadáver del ausente a su familia siempre que ésta lo pida" (*Informe vol. I, p. 81*).

de 1991, que aunque no tuvo éxito en abolir la pena de muerte, sí restringió su aplicación en un importante número de delitos, complementada posteriormente por la ley N° 19.047, de 14 de febrero de 1991.

3 LOS DELITOS CAPITALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL

Aunque con posterioridad a la ley 17.266 no se contempla más la muerte como pena única, ni puede extenderse ya a otros delitos para los que antes del 5 de enero de 1991 no se establecía, el estado actual de nuestra legislación al respecto es bastante más "lúgubre" de lo que se podría desear.

En efecto, sólo en el Código penal la muerte es pena señalada por la ley para los siguientes delitos: comisión de un crimen durante el cumplimiento de una condena, en caso que la condena anterior y la nueva que correspondiere fueren de presidio o reclusión perpetuos (artículo 91); traición (artículo 106), secuestro y sustracción de menores con ocasión del cual se cometa homicidio, violación, castración mutilaciones o lesiones graves (artículos 141 y 142); el homicidio con ocasión de la violación o de la violación sodomítica (artículo 372bis); el parricidio (artículo 390); y el robo con homicidio, violación, castración, mutilación o lesiones graves (artículo 433.1°). Además, a pesar de la profunda reforma practicada por la ley 19.027 en la ley 18.314, sobre conductas terroristas, su artículo 3°, al permitir la elevación en uno, dos o tres grados de la pena fijada por el Código penal o la Ley de Seguridad del Estado a los hechos que se califiquen de terroristas en ciertos casos de "delitos terroristas", podría llevar en una no despreciable cantidad de hipótesis, a la imposición de la pena de muerte si el Tribunal de la causa así lo decide, a pesar de la limitación del artículo 3bis, que obliga a practicar el aumento sólo una vez que se ha determinado la pena "como si no se hubiera tratado de un delito terrorista". En cambio, en la Ley sobre Control de Armas, permanecen como delitos merecedores de la pena de muerte, *en tiempos de guerra*, la fabricación, importación, transporte, almacenaje, etc. de armas de fuego, municiones, explosivos, instalaciones para su fabricación y precursores químicos destinados a ella (artículo 10°); porte de armas de fuego sin la debida autorización (artículo 11°), y posesión o porte

La pena es aquí *alternativa* con una de encierro en celda solitaria por un año e incomunicación con personas extrañas al penal de hasta seis años.

* La pena prevista para el delito es de "presidio perpetuo a muerte" (sólo dos grados), y constituye la pena más grave del Código penal. En el resto de los casos citados del Código penal, la pena de muerte es el máximo de una escala que incluye el presidio mayor en su grado máximo, el presidio perpetuo y la propia muerte (tres grados), salvo en el caso del robo del artículo 433.1°, donde la pena comprende desde el presidio mayor en su grado medio hasta la muerte (cuatro grados).

de armas de uso militar exclusivo (artículos 13° y 14°). Del mismo modo, aparte de ciertos delitos propiamente militares, permanecen en el Código de Justicia Militar, entre los delitos que *en tiempo de guerra* podrían significar la imposición de la pena de muerte a *civiles*, los siguientes: la participación en una rebelión o sublevación militar (artículo 265); promover o colaborar en y con una insubordinación militar (artículo 274); la desertión calificada de un conscripto (artículo 321); la inducción a la desertión (artículo 324); la destrucción por medio de bombas u otros medios de instalaciones militares, si a consecuencia del siniestro resulta la muerte o lesiones graves de una persona (artículo 351inc. 2°); el robo de material de guerra (artículo 354); y las violencias contra un policía de carabineros con resultado de muerte (artículo 416 N° 1)°.

4 LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN CHILE

Según Etcheberry (1997 II: 148), y esta opinión es compartida por la mayor parte de nuestra doctrina actual¹, la pena de muerte "consiste en privar de la vida al condenado", definición algo "tautológica", pero que "tiene sin embargo por objeto poner de relieve que se han suprimido de la pena de muerte los aditamentos con que tradicionalmente se la ha revestido: el tormento previo a la muerte; la imposición de medidas infamantes, ejecutadas sobre el condenado o su cadáver; la *mise en scène* más o menos terrorífica de que la ejecución se rodea, etc."

Sin embargo, esta definición de la pena de muerte en Chile, más que tautológica, parece "programática", pues del sólo tenor de los artículos del Código penal y del Reglamento que establecen la forma y las condiciones de la ejecución, parece desprenderse algo distinto.

En efecto, en cuanto al *tormento previo a la muerte*, el artículo 82 del Código penal dispone que la sentencia se ejecutará "tres días después de notificado al condenado el cumplimiento de la sentencia ejecutoria". En esos tres días, según el artículo 4° del Reglamento Sobre la Aplicación de la Pena de Muerte, de 2 de junio de 1965, el recluso "será colocado en celda separada, con custodia de vista y se le pondrá prisiones (esposas, grillos, o grilletes) ... Desde ese momento el recluso sólo podrá ser visitado por un sacerdote o ministro de culto que hubiere aceptado o solicitado, por el director General y Subdirector Abogado del Servicio de Prisiones, por el Jefe del Departamento de Criminología, por el Inspector Zonal de la Jurisdicción, por el Jefe del Penal, por el Jefe de la Guardia, por el personal de vigilancia encar-

¹ En este último caso, no es necesaria la declaración del Estado de Guerra para la aplicación de la pena de muerte.

CURY (1992 II: 323). GARRIDO (1997 I: 267).

gado de su custodia, por el Médico y por el Practicante del establecimiento", pero no por su familia. Para la familia "o las personas con quienes vivía antes de ingresar en prisión", sólo se habilita una hora cronológica de visita el día inmediatamente anterior al de la ejecución.

Por lo que toca a las *medidas intamantes* sobre la persona o el cadáver del sentenciado, aparte de que el transcrito artículo 4º del Reglamento parece convertirlo en objeto de curiosidad científica (lo que se resalta aún más con las disposiciones del artículo 6º del Reglamento, que sólo permite la presencia en el fusilamiento de otras personas distintas a las autoridades involucradas, "cuando por sus actividades o por la autoridad que invistan pudiera resultar de interés científico su presencia en el acto"), hasta para la constatación de su existencia con la transcripción del artículo 13 de dicho Reglamento, que en concordancia con lo dispuesto en el 84 del Código Penal, ordena entregar a la familia que lo pidiera el cadáver del ejecutado "quedando obligada a hacerlo enterrar en forma absolutamente privada".

Finalmente, en cuanto a la "mise en scène más o menos terrorífica de que la ejecución se rodea", un recuento de los que según el Código Penal y el Reglamento establecen acerca de la ejecución, parecen alejar el optimismo de nuestros autores. En primer lugar, la ejecución se realiza por medio de fusilamiento (artículo 82 del Código penal), ejecutado por un pelotón compuesto de 8 miembros, el que disparará tan pronto el condenado esté "asegurado" en el banquillo dispuesto al efecto y con la vista vendada (artículos 8º y 11 del Reglamento). El público autorizado debe situarse a una distancia "no inferior a quince metros del lugar donde se ubique el banquillo del condenado" (artículo 6º del Reglamento) "El fusilamiento se verificará de día, de preferencia en la madrugada, correspondiéndole al Jefe de la Prisión determinar la hora exacta" (artículo 5º del Reglamento). Y aunque según el artículo 2º del Reglamento, las penas de muerte sólo pueden ejecutarse dentro de un establecimiento penal, lo cierto es que el inc. 2º del artículo 82 del Código penal, contempla una regulación algo más macabra que la descrita, si se puede: "La ejecución se verificará de día y con publicidad en el lugar generalmente designado para este efecto o en el que el tribunal determine cuando causa especial para ello"¹¹. Pero como señala CURY (1992 II: 326), "la disposición más ridículamente dramática es, por cierto, la del artículo 9º, primera parte, del Reglamento, con su esfuerzo candoroso de enganar a los desventurados fusileros, forjándoles la ilusión de no haber participado efectivamente en el acto de matar al condenado", al colocarse entre las armas elegidas al azar una cargada sólo con "un tiro de foguero".

¹¹ La aplicación efectiva de esta facultad del Tribunal en el siglo pasado puede verse en la obra de P. T. Fernández (1899:215).

5 LA DISCUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL EN LA DOCTRINA CHILENA

En referencia a la doctrina de BECCARIA, FUENZALIDA (1883 I:171ss), sostenía que "sea lo que fuere, lo cierto es que las teorías sobre la ilegitimidad de la pena de muerte como la novelesca del contrato social han sido abandonadas a los poetas i a los filántropos i que los hombres de estado la impugnan solamente como ineficaz e innecesaria i con razones bien atendibles". Teniéndose entre tales, agrega nuestro primer comentarista que "la experiencia de que los crímenes han sido más horribles en los pueblos en donde los suplicios han sido más crueles i que los delincuentes, endureciéndose con la vista de los suplicios i acostumbrándose con la idea de la pena cruel que los amenaza, cometen en represalia hechos más espantosos de barbarie, han persuadido, al fin, de que la pena de muerte solo puede ser eficaz para reprimir aquellos delitos cuya causa inductiva no sea mas poderosa que el temor al peligro eventual de perder la vida". De allí concluye que la pena de muerte "podrá detener muchas veces a los que intenten matar por interés; pero muy rara vez será eficaz para contener a los que matan en un acceso de cólera o de otra pasión poderosa que obre instantáneamente; i menos al que el amor a la patria o a cierto orden de ideas lo induyeren a cometer delitos políticos". Sin embargo, a pesar de esta declaración y de afirmar que en cuanto a la supuesta necesidad de la pena de muerte "en absoluto nada podemos aseverar con acierto", FUENZALIDA (1883 I:173) termina por aceptar esta pena para los "crímenes en contra de la vida i de la seguridad exterior del Estado", sosteniendo que el Código de 1874 "ha respetado estrictamente los principios establecidos; pues dicha pena no se impone como inflexible sino a los parricidas i a los traidores que inducen a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile" y en los demás casos "va acompañada de grados inferiores de la escala penal i solo se aplica en ciertos delitos contra la patria o en que hai perdida de vida".

La "pluma" de FERNÁNDEZ (1888 I:214), en cambio, "se resiste a estudiar a fondo" las disposiciones relativas a la pena de muerte: la cual, a su juicio "sólo puede aceptarse como una gran necesidad". Sin entrar en más detalles, agrega que, a pesar de que "notables criminalistas" le han "negado ese derecho [de establecer la pena de muerte] a la ley", "es, sin embargo, aceptado en todas las naciones civilizadas".

La aceptación de la pena de muerte por nuestros primeros comentaristas del Código penal de 1874 concuerda con la afirmación de NOVOA (1966 II:351), en el sentido de que "no hay constancia alguna de que durante la redacción de nuestro Código penal por la Comisión respectiva o durante su discusión en el Congreso, se haya planteado siquiera la cuestión de la pena

de muerte". Posteriormente, de los cuatro proyectos de Código penal presentados a la discusión pública, dos de ellos, el de SILVA-LABATUT de 1938 y el Proyecto de 1945 conservaban, en términos similares al Código penal, la pena de muerte. En cambio, en los Proyectos de Erazo-Fontecilla, y Ortiz-van Bohlen, ambos de 1929, la pena de muerte desaparecía de entre las sanciones aplicables.

No es de extrañar entonces que el Prof. LABATUT afirmase con frío escepticismo que "el problema del abolicionismo hay que resolverlo de acuerdo con la realidad social de cada país en particular y con prescindencia de las argumentaciones teóricas"¹²; y que el propio NOVOA (1966 II, 359), participe de la Comisión elaboradora del Proyecto de 1945 la acepte "como una sanción jurídica capaz de satisfacer [el] anhelo de justicia, en ciertos casos excepcionales de crímenes que pueden socavar las bases más fundamentales de la convivencia entre los hombres", citando entre ellos "la traición en tiempos de guerra", el "genocidio y ciertas formas especialmente dañosas de sabotaje y estragos que causan gran pérdida de vidas humanas".

Sin embargo, los tratadistas modernos, rechazan todos la pena de muerte. Así, CURY (1992 II: 333) toma el guante de la afirmación de NOVOA antes transcrita y sostiene como irracional afirmar la supresión de la pena de muerte para unos delitos y mantenerla para otros especialmente graves u odiosos, considerando esto último meramente una "concesión enmascarada al derecho a la venganza". Por tanto, es partidario de prescindir de ella completamente, pues estima que "no corresponde ya a las convicciones culturales actualmente vigentes"¹³. Concordando expresamente con este planteamiento, GARRIDO (1997 I:270) agrega que "la pena capital es un atentado a la inviolabilidad de la vida, la que se consagra como derecho fundamental en todas las constituciones; el Estado carece de facultad para ignorarlo". Finalmente, ETCHEBERRY (1997 II:145) se lamenta de que no hayan fructificado los intentos de abolir la pena de muerte en nuestra legislación, a la que califica de "resto de barbarie y flagranté usurpación del poder divino, que nos mantiene todavía en retraso en relación con la gran mayoría de los Estados europeos y latinoamericanos".

Por mi parte, sólo cabe sumarme a esta corriente que boga por el término de "esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca ha conseguido hacer mejores a los hombres"¹⁴; no sea que se nos ciente entre "los sabios magistrados y graves sacerdotes de la justicia, que con indiferente tranquilidad hacen arrastrar a un reo a la muerte con lento aparato, y mientras este miserable se estreñece en las últimas angustias, esperando el golpe fatal, pasan con

¹² La cita es tomada de la 9ª ed. de su *Derecho Penal*. LABATUT-ZENTENO (1995 I 253).

¹³ CURY (1992 II 333).

¹⁴ BECCARIA (1764: 74).

insensible frialdad (y acaso con secreta complacencia de la autoridad propia) a gustar las comodidades y placeres de la vida"¹⁵.

6 LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN CHILE

La aplicación de la pena de muerte en Chile encuentra dos clases de limitaciones, las que tienden a su progresiva desaparición, consagradas en el derecho internacional; y las de carácter procesal, destinadas a evitar su imposición en determinadas circunstancias.

6.1 Sistema progresivo de desaparición de la pena de muerte. El artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica

Obligado a su respeto como norma de rango constitucional, por disposición expresa del artículo 5º de la Constitución Política de la República¹⁶, el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica, vigente en Chile desde la dictación del Decreto N° 873, de 5 de enero de 1991, establece el siguiente sistema de desaparición progresiva de la pena de muerte:

- 1º) Impide su extensión "a delitos a los cuales no se la aplique" al momento de su entrada en vigor en la República (artículo 4.2, parte final)¹⁷;
- 2º) Impide "su aplicación" a delitos *políticos o comunes conexos con los políticos*, sin distinguir si ella se encuentra o no prevista legalmente (artículo 4.4.)¹⁸;
- 3º) Impide "su imposición" si no se trata de "los delitos más graves", sin distinguir si ella se encuentra o no prevista legalmente (artículo 4.1.)¹⁹;

¹⁵ BECCARIA (1764: 79).

¹⁶ Sobre el valor constitucional de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, ver MATUŠ (1994: 378s).

Ha quedado así, sin contenido, la disposición del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, que exigía un quórum especial (mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio) para el establecimiento de un delito capital. Como acertadamente concluye ETCHEBERRY (1997 II 146), naturalmente este elevado quórum no puede exigirse cuando se trata de *derogar* una disposición que imponga la pena de muerte, en primer lugar, porque no lo exige la Constitución expresamente (el artículo 19 N° 1 se refiere exclusivamente al "establecimiento" de la pena de muerte) y en segundo, porque resulta un verdadero contrasentido, cuanto más que las disposiciones que la establecen proceden todas de legislación anterior a la entrada en vigencia de dicha Constitución, y por lo mismo, su aprobación no exige ese elevado quórum que se exigiera para su abrogación.

¹⁷ Indirectamente, se refiere a este punto el artículo 6.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al declarar que no se podrá imponer la pena de muerte en conformidad a leyes que sean contrarias a las disposiciones de dicho Pacto.

¹⁸ En el mismo sentido, limita la imposición de la pena de muerte el artículo 6.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4º) Impide su "imposición" a personas que al momento de cometer el delito, "tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta", aunque esté prevista legalmente para ese delito (artículo 4.5.)²⁰.

Traspuestas las barreras que la legislación internacional establece para los casos de derecho sustantivo en que puede prescribirse o aplicarse la pena de muerte, esta misma legislación, y también la interna, establecen normas de carácter procesal, tendientes a impedir su aplicación o a hacerla lo más humana posible, si –parafraseando a ETCHEBERRY (1997 II:145)– puede llamarse "humana" una pena destinada a la eliminación de una vida humana.

6.2 Limitaciones procesales a la aplicación pena de muerte

Las limitaciones de carácter procesal que a la imposición o ejecución de la pena de muerte a una persona concreta establece nuestra legislación, son las siguientes:

- 1º) No podrá imponerse sino en virtud de ley previa y de sentencia condenatoria pronunciada por un tribunal competente (artículo 4.4º del Pacto de San José de Costa Rica y 6.2. del pacto de Derechos Civiles y Políticos).
- 2º) No puede imponerse con el sólo mérito de la prueba de presunciones: si sólo obran éstas contra el condeado debe aplicarse la pena de presidio o reclusión perpetuos correspondiente (artículo 502 inc. 2º del Código de Procedimiento Penal).
- 3º) En segunda instancia, sólo podrá acordarse por el voto unánime de los miembros del Tribunal. La simple mayoría obliga a imponer la pena de presidio o reclusión perpetuos que corresponda (artículo 73 inc. 1º del Código Orgánico de Tribunales). Esto vale también para la Corte Suprema, que actuando como Tribunal de casación dicte sentencia de reemplazo (artículo 103 del Código Orgánico de Tribunales). Sin embargo, hay acuerdo en la doctrina en que la extensión que se hace de lo dispuesto en el citado artículo 103 del Código Orgánico de Tribunales, que sólo se refiere literalmente al inciso segundo de su artículo 73, no alcanza a imponer la exigencia de un voto unánime cuando el tribunal de Casación rechaza el recurso interpuesto por el condeado, dejando así a firme la sentencia de muerte²¹.

²⁰ En el mismo sentido limita la imposición de la pena de muerte el artículo 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque sólo se refiere a las "personas de menos de 18 años de edad".
²¹ Por todos v. ETCHEBERRY (1997 II:148).

En todo caso, impuesta la pena de muerte, resulta obligatoria una segunda deliberación para determinar "si el condeado parece digno de indulgencia y sobre qué pena proporcional podrá sustituirse a la de muerte", cuyos resultados deben comunicarse, junto con las sentencias de primera y segunda instancia, al Ministro de Justicia para que éste se los entregue al Presidente de la República, quien decidirá sobre dicha conmutación o indulto (artículo 73 inc. 2º)²².

- 4º) El condeado tendrá siempre derecho a solicitar ante la autoridad competente la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos (artículo 4.6 del pacto de San José de Costa Rica y 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)²³. Naturalmente, esa autoridad no puede ser la misma que dicta la sentencia condenatoria, y en Chile corresponde al Presidente de la República, según la disposición del artículo 73 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 32 Nº 16 de la Constitución.
- 5º) La pena de muerte no podrá ejecutarse mientras la solicitud de indulto, amnistía o conmutación de la pena "esté pendiente ante la autoridad competente" (artículo 4.6 del Pacto de San José de Costa Rica).
- 6º) La pena de muerte no podrá ejecutarse sobre una mujer embarazada, ni notificarse la sentencia correspondiente sino cuarenta días después del alumbramiento (artículo 85 del Código penal y 4.5 del Pacto de San José de Costa Rica).

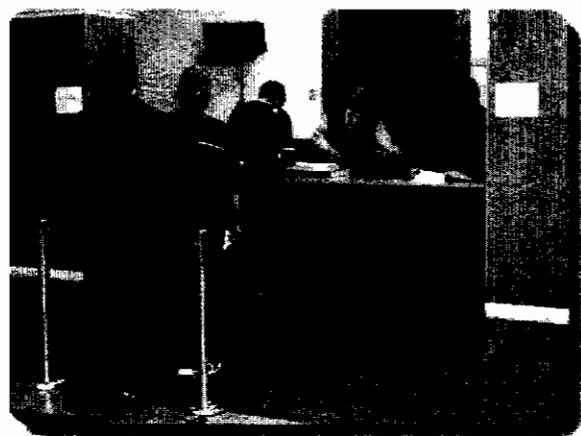
7 BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARBERO Santos, Marino: (1975) *La pena de muerte en el derecho histórico y actual*, en del mismo (ed.): *La pena de muerte. 6 respuestas*, Valladolid 1975, pp 13-79.
- BECCARIA, Cesare: (1764) *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Madrid 1774, tomada de la primera edición del ori-

²² Aunque se discute la "importancia práctica" de esta disposición, por el efecto que tuvo la ley 17.246, de enero de 1970, al eliminar la previsión de la muerte como pena única y absoluta para ciertos delitos, con lo cual "es de suponer que si el tribunal estima que esta no es una sanción adecuada, hará uso de su facultad legal y escogerá una inferior sin dejar esta tarea al Ejecutivo" (ETCHEBERRY (1997 II:149)) no deja de tener razón CURY (1992 II:335), cuando afirma que, "atendida la forma en que se han desarrollado las cosas desde entonces, sería desacertado presenciar su falta".

²³ En todo caso, concedido el indulto o la conmutación de la pena subsisten –según dispone el artículo 27 del Código penal– las siguientes penas accesorias a la de muerte como "efectos" de la misma: inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y sujeción a la vigilancia de la autoridad hasta por cinco años.

- ginal de Livorno, 1764.. Reimpresión a cargo de Juan Antonio Delval. Madrid 1990.
- BERDUGO Gómez de la Torre, Ignacio: (1975) *La pena de muerte en el actual derecho ibero-americano*, en BARBERO Santos, Marino (ed.). *La pena de muerte. 6 respuestas*, Valladolid 1975, pp. 79-122.
- CURY, Enrique: (1992) *Derecho penal*, Santiago 1992 (2ª ed.), t. I y II.
- ETCHEBERRY O , Alfredo. (1997) *Derecho Penal. 2ª ed., t. I a IV*. Santiago 1997.
- FERNÁNDEZ, P.J.: (1899) *Código penal de la República de Chile, explicado y concordado*, Santiago 1899, t. I y II.
- FUENZALIDA, Alejandro: (1883) *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, Lima 1883, t. I y II
- GARRIDO Montt, Mario: (1997) *Derecho penal*, Santiago 1997, t. I y II
- LABATUT, Gustavo/ ZENTENO, Julio: (1995) *Derecho Penal*, t. I, 9ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 1996.
- LABATUT, Gustavo/ ZENTENO, Julio: (1996) *Derecho Penal*, t. II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 1996.
- MATUS, Jean Pierre: (1994) *La ley penal y su interpretación*, Santiago 1994.
- NOVOA, Ednardo:(1966 II) *Curso de Derecho penal chileno, tomo 2*, Santiago 1966.
- RETTIG G., Raúl et al : (1996) *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, tres volúmenes, 2ª ed. .* Santiago 1996.



25 años de la ley 18.216
**SISTEMA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS
A LA RECLUSION EN CHILE**

25 años de la ley 18.216 SISTEMA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA RECLUSIÓN EN CHILE

Documento elaborado por profesionales del
Departamento de Tratamiento en el Medio Libre.
Gendarmería de Chile.

RECIBIDO: 17/VII/08

APROBADO: 07/VII/08

RESUMEN

Hace 25 años fue promulgada la Ley 18.216, que incorporó en el Sistema Penitenciario Chileno tres nuevas alternativas de cumplimiento penal: la Remisión Condicional de la Pena, la Libertad Vigilada del Adulto y la Reclusión Nocturna. Desde entonces, el Sistema de Medidas Alternativas ha aumentado su cobertura y presencia en el territorio nacional, llegando a atender en la actualidad al 52% de la población penal a cargo de Gendarmería y al 60% de la población condenada del país. Estas cifras reflejan el enorme desarrollo que ha experimentado el Sistema Abierto a lo largo de su historia e indican la importancia que ha llegado a adquirir dentro del Sistema Penitenciario en su conjunto. El presente documento entrega una visión y análisis retrospectivo de estos 25 años de funcionamiento del Sistema en referencia, su realidad actual y proyecciones futuras, con la intención de promover un mayor conocimiento sobre el mismo y lograr consensos para mejorarlo, consolidarlo y validarlo ante la comunidad nacional.

Palabras clave: medidas alternativas, cobertura, realidad actual, proyecciones.

INTRODUCCIÓN

El Sistema de Medidas Alternativas a la Reclusión (en adelante, MAR) se aplica en Chile como cuerpo legal integrado de sanciones a partir del 14 de Mayo de 1983, fecha en que fue promulgada la Ley 18.216. Esta normativa estableció las medidas de *Remisión Condicional de la Pena*, *Reclusión Nocturna* y *Libertad Vigilada del Adulto* como substitutos a las penas en prisión de corta duración para sujetos sin antecedentes penales previos¹. Su finalidad es reducir la aplicación de la pena privativa de libertad y permitir una intervención no institucionalizada de quienes han cometido un delito, ampliando el espectro de servicios disponibles para resolver problemas y necesidades que dificulten la integración social e involucrando al resto de la comunidad en el proceso.

Las MAR surgen junto a las modernas tendencias en política criminal que, sin desestimar las funciones retributivas y preventivas generales de las penas, buscan mejorar la calidad de los resultados en cuanto a la reinserción social de quienes han delinquido, racionalizando la aplicación de las penas de prisión sólo para aquellos casos que, por la gravedad del delito y los potenciales riesgos asociados a ellos, no sea posible aplicar una medida substitutiva. Sus ventajas son diversas; por un lado, permiten que el individuo mantenga los roles y vínculos afectivos con su familia y la comunidad, pueda trabajar o estudiar y reparar el daño causado, evitando los efectos desocializadores que pudiera provocar el paso por prisión. Por otro, disminuyen el hacinamiento en las cárceles y los costos operativos del sistema penitenciario en general. Finalmente, permiten a la comunidad involucrarse directamente en la reinserción social de la persona condenada, promoviendo en la ciudadanía una visión más amplia, constructiva y humanitaria de las estrategias que es necesario desarrollar para abordar el fenómeno delictivo. Los jueces son quienes determinan qué personas pueden beneficiarse con este tipo de medidas y el *Departamento de Tratamiento en el Medio Libre* (en adelante, DTML), dependiente de Gendarmería de Chile, es el responsable de supervisar su cumplimiento, proponer políticas, generar programas y garantizar su ejecución. A nivel operativo, son los *Centros de Reinserción Social* (en adelante, CRS) los encargados de administrarlas, quedando a cargo del control y asistencia de quienes las cumplen.

Para reforzar la realización de estas tareas, el DTML ha desarrollado paralelamente *Programas de Apoyo a las MAR*, entre los que se cuentan los de Reinserción Laboral, Salud Mental y Tratamiento de Adicciones, Fortalecimiento e Integración Social de Jóvenes, Equidad de Género y otros orientados a la difusión, sensibilización y búsqueda sistemática de colaboración en organismos públicos y privados. Mediante estas iniciativas se pretende, además, dar atención especializada a los problemas más prevalentes de los penados atendidos por este Sistema, disminuir los factores asociados a la reincidencia delictiva y, con ello, mejorar las expectativas de éxito en su reintegración social.

¹ La excepción a esta regla es la medida de Reclusión Nocturna, a la que pueden acceder sujetos con antecedentes penales previos, cuyas condenas anteriores sumadas no excedan de 2 años.

Además de supervisar la ejecución de las MAR y sus programas de apoyo, el DTML debe atender que desde los CRS se dé respuesta oportuna a las solicitudes de *Informes Presentenciales* emanadas desde el Sistema de Justicia Penal. El objetivo de estos informes es asesorar a los Tribunales en torno a si es recomendable o no beneficiar con la medida de LVA a quien ha cometido un delito, en base a criterios establecidos en la referida Ley. Su especificidad técnica e implicancias jurídicas, han exigido que se dé una alta prioridad al desarrollo de esta área de trabajo.

El presente artículo presenta una breve descripción del Sistema de MAR, sus fundamentos teóricos, programas de apoyo, funcionamiento y evolución histórica desde que se promulgó la Ley 18.216 hasta nuestros días. Su objetivo es otorgar al lector una visión amplia del mismo, que contribuya a su difusión, que permita el análisis de las políticas públicas que actualmente le sustentan y que promueva la discusión en torno a los cambios que requiere para su ampliación y perfeccionamiento futuros.

II. FUNDAMENTOS POLITICO CRIMINALES DEL SISTEMA DE MAR

II.1. MODELO POLITICO CRIMINAL

Si bien las Medidas Alternativas a la Reclusión surgen en Chile más como una salida al creciente problema de sobrepoblación penitenciaria, su componente doctrinario se puede asociar al modelo político criminal de *Prevención de Integración*. Según éste, el criterio prevalente en la determinación de los posibles fines y sentidos de la ley en la solución de los conflictos a los que se aplica en la práctica, surge de la percepción de la realidad social, sus necesidades o carencias, y de los fundamentos básicos de un Estado Democrático de Derecho. Dicho de otro modo, el sistema de ejecución penal debe estar dirigido a la organización de una sociedad compatible con la dignidad del hombre y orientado por las normas internacionales y constitucionales que consagran los Derechos Humanos².

Si la misión última del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, ello se consigue satisfactoriamente teniendo en cuenta tanto la prevención general

² Algunas referencias bibliográficas sobre este tema son:

- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la segunda edición alemana. Editorial Civitas. Madrid (1999). Pág. 94-103.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Perspectivas sobre la Política Criminal moderna*. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires. Pág. 29-57
- Pérez Manzano, Mercedes. *Aportaciones de la prevención General Positiva a la Resolución de las Anomalías de los Fines de la Pena*. En Silva Sánchez, Jesús María. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. libro homenaje a Claus Roxin*. Editor José María Bosch. Barcelona, 1997. Pág. 73-88.
- Zúñiga Rodríguez, Laura. *Política Criminal*. Cap. II *Desarrollo Histórico de la Política Criminal* Ed Colex. Pág. 116-118.

como la prevención especial y la culpabilidad. En la fase de amenaza legal de pena, prima la prevención general; en la de imposición y medición judicial, debe tenerse fundamentalmente en cuenta la culpabilidad y los derechos del imputado, sin olvidar que sirve a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal y a la intimidación individual (prevención general y especial respectivamente); y por último, la fase de ejecución de la pena debe estar guiada por las ideas de rehabilitación y reinserción sociales (prevención especial positiva). Entendida de esta manera, la pena, para ser justa, debe ser necesaria y útil y debe tener un fin social.

El efecto de pacificación se produce cuando el culpable de un delito ha hecho lo suficiente para que el conflicto social se solucione a pesar de la infracción normativa. Este efecto se consigue con la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad, cuyo sentido jurídico es que nadie puede ser sancionado con una pena más dura a la que merece en correspondencia con su culpabilidad. Con ello se mantiene su efecto preventivo general, sin llegar a la exageración de la pena de intimidación. Pero además, el límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad puede ser rebajado, incluso hasta la no ejecución de la pena, por razones de prevención especial. De hecho, la sociedad tolera una cierta renuncia a la pena adecuada a la culpabilidad ante el reconocimiento de la necesidad y/o utilidad de la rehabilitación y reinserción social de quien ha cometido un delito. En los casos que la rebaja de la pena por razones de prevención especial suponga una pérdida de confianza en el ordenamiento jurídico o que no se tome en serio la sanción, entonces la prevención de integración operará como límite mínimo de la pena que no se puede rebajar. Esto permite el surgimiento de la reparación del daño y las MAR dentro del sistema de respuestas penales al delito, pues tienen efectos resocializadores para el condenado y prestan una significativa contribución a la restauración de la paz jurídica y social.

Si el Derecho Penal sirve a la protección del individuo frente al poder punitivo Estatal, y de la sociedad frente a los ataques individuales contra sus bienes jurídicos, es necesario encontrar un equilibrio entre lo favorable al condenado y lo favorable a la sociedad. Este equilibrio se sostiene, por un lado, a través del mantenimiento de la culpabilidad y con la consideración de criterios preventivos especiales (plasmación de lo favorable al condenado) y, por otro, con la fundamentación preventivo general del Derecho Penal (reflejo indirecto de lo favorable a la sociedad). Mientras los conocimientos empíricos sobre la eficacia preventivo general de la pena no sean definitivos, no se puede cargar sobre el condenado el peso de esa irracionalidad. Cualquier restricción de la libertad debe estar suficientemente fundada y cuando el argumento de la mayor restricción de la libertad es un dudoso efecto preventivo general, debieran primar los criterios preventivos especiales.

Con la Reforma Procesal Penal, la opinión doctrinal está a favor del respeto a las garantías y derechos fundamentales del imputado: en caso de conflicto entre los fines preventivos generales y preventivos especiales de la pena, el carácter jerárquico superior

de los derechos constitucionales de las personas obliga a sacrificar la meta utilitaria preventivo general, en tanto no sea compatible con estos derechos. En este orden de ideas, las MAR han prevalecido como una alternativa de cumplimiento penal para aquellos casos que cumplen dos características fundamentales: sujetos sin antecedentes penales previos y que han cometido delitos considerados menos graves. En estos casos, los fines retributivos y preventivo generales en las penas resultan inútiles, incompatibles con la dignidad de las personas, e irrelevantes comparados con los beneficios que implicaría reinsertarlas socialmente.

II.2. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA Y RESOCIALIZACIÓN

Resocialización se define como la recuperación del individuo para la sociedad, elemento central del fin preventivo especial de las penas. Se trata de un concepto difuso, incorporado teóricamente a los fines de la pena sin darle antes un contenido que establezca sus objetivos, límites y métodos. En sus inicios, partía del supuesto que quien había delinquido estaba "mal" o era "anormal" y que, por ende, "debía ser tratado" (aunque el término *tratamiento* haya sido desplazado por el de *resocialización*) dejando al sujeto en una posición pasiva frente a su destino. Tal consideración *a priori* resultaba inductiva (dirigiendo al penado a aceptarla) y coercitiva (limitando y lesionando el derecho a la autonomía en las decisiones acerca del modo en que cada quien desea ser). Tales programas de reinserción enseñarían sus falencias, principalmente al ser aplicados en prisión.

Desde la década de los '60, las penas privativas de libertad han sido sistemáticamente cuestionadas en su capacidad para conseguir la reintegración efectiva de los condenados a la sociedad. Más aún, desde los años '80, se está produciendo un vuelco en el discurso político criminal moderno, asociado a una pérdida de la confianza pública en que tales objetivos sean viables. Por un lado, se ha puesto en evidencia que la cobertura de los programas de intervención y asistencia en prisiones es baja, la adhesión a ellos por parte de los condenados cumple otros fines y las tasas de reincidencia se mantienen. Por otro lado, se comprueba que la cárcel, por sí sola, al desartaigar y extraer al sujeto de su medio social, laboral y familiar, hace cada día más difícil su retorno efectivo a la sociedad. Por último, se ha evidenciado que la prisionización favorece y refuerza la vinculación de los individuos a la subcultura delictiva. En este sentido, la cárcel resulta no sólo *no resocializadora*, sino también *des-socializadora*, por ser el lugar donde los sujetos adquieren conciencia de ser *estigmatizados* por la sociedad¹. Tal crisis de la

¹ Algunas referencias bibliográficas sobre este tema son:

- Mapelli Caffarena, Borja. "Tipificación y Proceso Penal". En: *Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos*. Edit. El Puerto. (1997) Pág. 121-131.
- Baratta, Alessandro. "Observaciones sobre las Funciones de la Cárcel en la Producción de las Relaciones Sociales de Desigualdad" y "Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de reintegración social del

ideología reeducativa ha sido considerada el principal síntoma de la inadecuación del sistema carcelario para la satisfacción de esta exigencia social y política².

Para superar estas falencias, el concepto de reinserción social necesitaba ser reinterpretado en el marco más amplio de los derechos constitucionales que inspiran al Estado Democrático de Derecho y, en particular, de los principios *dinámicos* de igualdad y dignidad del hombre. Dichos principios postulan la eliminación de las condiciones que impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades entre los individuos y de respeto por la dignidad y autodeterminación de cada uno. Coherente con lo anterior, hoy en día existe una creciente aceptación del hecho que todo proceso resocializador, para ser auténtico, requeriría de al menos dos elementos (1) el consentimiento del sujeto, tanto en la definición de los problemas y conflictos que sería necesario intervenir, como en los métodos y plazos para conseguirlo; y (2) que tales programas sean ejecutados en un entorno adecuado, lo más cercano posible al medio libre.

Así, *reinscripción* no significa *manipulación* del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de desviación. Mediante tal reinterpretación, el *objeto del tratamiento* se transforma en *sujeto de derechos sociales*³. Y el concepto mismo de *tratamiento* es redefinido como *oferta de servicios*, que vayan desde la instrucción general y profesional hasta los servicios sanitarios y psicológicos, como una *oportunidad de reintegración*⁴. Este es el escenario ofrecido a quienes han cometido un delito y que son condenados a MAR, razón por la cual se las considera más idóneas para rehabilitar a los delincuentes y más útiles a la sociedad.

condenado". En: *Criminología y Sistema Penal: Compilación in Memoriam*. Edit. B de F (2004). Pág. 358-393.

- Bergalli, Roberto. "Cárcel y Derechos Humanos". En: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Julio 1993. Año 5, N° 7. Disponible en www.cienciaspenales.org/REVISTA y en www.ub.es/penal/

- Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal y Control Social". Cap. IV "La Prisión como Problema: Resocialización Versus Desocialización". Edit. Fundación Universitaria de Jerez. 1984. Pág. 89-132.

- García-Iñablos de Molina, Antonio. "Tratado de Criminología". Edit. Tirant lo Blanc (2003). Pág. 996-1018.

- Zúñiga Rodríguez, Laura. "Política Criminal". Cap. IV "La Política Criminal, un Arte o una Ciencia". Ed. Colex. Pág. 225.

² Sobre este punto se hace presente que, aunque escasos, sí existen programas de reinserción social exitosos llevados a cabo en algunas prisiones del sistema penitenciario cerrado de países desarrollados, como Suiza, Inglaterra, España y Canadá. Los malos resultados observados en general, se deben a que en la mayoría no se cumplen estándares mínimos de eficiencia, cobertura, habitabilidad carcelaria, calidad técnica de los programas, preparación de los profesionales a cargo de su ejecución, etc. (*N. de los A.*)

³ Baratta, Alessandro. "Criminología y Sistema Penal: Compilación in Memoriam". Edit. B de F (2004). Pág. 19-20.

⁴ Ibis idem, pág. 381.

Además, constituyen una herramienta necesaria para flexibilizar y fortalecer el sistema de Justicia Penal, son menos costosas para el Estado y permiten la potencial reparación del daño causado.

III. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS MAR EN CHILE

La Libertad Vigilada del Adulto (en adelante, LVA) consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba, tendiente a un tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanente de un *Delegado de Libertad Vigilada* (en adelante, DLV) habilitado por el Ministerio de Justicia. Este beneficio se puede otorgar a sujetos sin antecedentes penales previos que han cometido un delito cuya pena restrictiva de libertad esté en el rango de 3 a 5 años. Su principal objetivo es disminuir los factores de riesgo de la conducta delictiva e impedir la reincidencia mediante una intervención específica conocida como Modelo de Intervención Diferenciada (en adelante, MID) que opera de acuerdo al perfil de necesidades del individuo y el tipo de delito que ha cometido. Basándose en este Modelo, los DLV deben trabajar con los penados en forma integral, incorporando en su repertorio conductas alternativas que posibiliten su inserción positiva a la sociedad.

La Remisión Condicional de la Pena (en adelante, RCP) es una medida definida como de discreta observación y control de Gendarmería y se concreta mediante el control administrativo de las personas acogidas a ella, firmando mensualmente durante un periodo definido por el Tribunal⁷. Este beneficio se puede otorgar a sujetos sin antecedentes penales previos cuya pena restrictiva de libertad impuesta por la sentencia condenatoria no exceda de 3 años.

La Reclusión Nocturna (en adelante, RN) es una medida en la que las personas cumplen su pena permaneciendo en un establecimiento de Gendarmería, entre las 22:00 hrs. de cada día y las 06:00 hrs. del día siguiente por un periodo definido por el Tribunal; el objetivo es disuadir a la persona de cometer nuevos delitos, pudiendo continuar con sus actividades habituales durante el día⁸. Este beneficio se puede otorgar a sujetos con antecedentes penales cuyas condenas anteriores sumadas no excedan de 2 años y/o a sujetos primerizos cuya pena restrictiva de libertad impuesta por la sentencia condenatoria no exceda de 3 años.

La RCP y RN son fórmulas para sancionar delitos a los que corresponderían penas de menor duración⁹, orientadas básicamente al control y disuasión de los penados, con

⁷ "Normas Técnicas y de Control Administrativo para la Remisión Condicional de la Pena y Reclusión Nocturna".
⁸ Edición del Dep. de Tratamiento en el Medio Libre, Febrero 2001.

⁹ Ibis idem.

¹⁰ Debe mencionarse, eso sí, que en la actualidad existe un número creciente de penados reincidentes y/o que han cometido delitos de mayor connotación pública (principalmente delitos contra la propiedad), que

el propósito de inhibir la comisión de nuevos delitos que pudieran acarrearles la pérdida de la medida alternativa otorgada. Si bien existe el supuesto de que estas personas no requerirían acciones de asistencia e intervención, es un hecho ya demostrado que una proporción considerable de ellos presenta problemas y necesidades que ameritan la orientación, derivación y eventual incorporación a programas específicos de apoyo a las MAR, desarrollados en los CRS, u otros de la red social estatal o privada.

Una preocupación permanente del Sistema es la de incrementar y renovar los vínculos otras instituciones del entorno regional y local. El diseño y aplicación de una política en tal sentido ha permitido contar con crecientes grados de legitimidad y significación de este Sistema en casi todas las regiones. Lo anterior es el resultado de un trabajo arduo, sistemático e intangible por parte de los DLV y otros operadores del Sistema, quienes también efectúan acciones en la comunidad que son altamente valoradas por los penados, sus familias y los integrantes de organizaciones sociales¹⁰.

IV. RETROSPECTIVA DE LOS 25 AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA LEY 18.216

IV.1. ETAPA FUNDACIONAL

Posterior a la promulgación de la Ley 18.216 en Mayo de 1983, se organiza el Sistema Penitenciario Abierto con cobertura nacional, que permita ejecutar las MAR de acuerdo a los cuerpos legales y reglamentarios. El periodo inicial se caracterizó por la ausencia de un plan de financiamiento para el Sistema que cubriera sus gastos de inversión y operación, situación que fue resuelta sólo parcialmente mediante una redistribución de recursos humanos y presupuestarios, desde la ya deficitaria situación de Gendarmería. A partir de la década de los 90, se incrementa en términos relativos la asignación presupuestaria, lo que cubre en parte los gastos de operación e inversión en equipamiento e infraestructura de los CRS. No obstante este esfuerzo, no se alcanzan los estándares mínimos en recursos humanos y materiales necesarios para el funcionamiento del Sistema, situación que se mantendrá hasta la fecha.

La naturaleza comunitaria de estas nuevas sanciones penales requirió la elaboración de un plan de instalación que consideró como aspecto central la difusión, sensibilización y búsqueda sistemática de colaboración en organismos públicos y privados¹¹. Ello

están accediendo a RCP y RN.

¹⁰ Informe final Taller de Políticas Públicas "El Rol del Delegado de Libertad Vigilada" realizado por Estefan Tomić y Carlos Medel Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago Julio del 2002. "Evaluación Participativa del Sistema de Libertad Vigilada", Estudio realizado con financiamiento del programa Magister en Políticas Públicas, Fundación FORD, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología Universidad de Chile, Agosto 2001.

¹¹ Art. 18 Ley 18.216

permitió generar un primer soporte, tanto en la conformación material del Sistema, como en la obtención de servicios destinados a la ejecución de programas de asistencia e intervención a los penados, según los objetivos de cada medida.

En 1983 el Ministerio de Justicia imparte las primeras Normas Técnicas para la organización y funcionamiento de la LVA¹². Esta medida llegará a otorgar identidad al Sistema, al tratarse de la más compleja del grupo de sanciones. En aquel documento se efectuó la primera definición operacional de conceptos claves – tales como *tratamiento, asistencia*, etc. – y de ciertos procedimientos de carácter obligatorio por parte de los operadores a objeto de garantizar su aplicación estandarizada. Los enfoques y metodologías de trabajo eran, en ese entonces, principalmente del tipo terapéutico-asistencial e individual.

El año 1986 se redactan las Normas Técnicas y procedimientos de control administrativo para las medidas de RN y RCP¹³, orientadas a cautelar su aplicación de acuerdo a los estándares legales y satisfacer necesidades asistenciales de las personas condenadas a ellas. Posteriormente, se efectuarán dos actualizaciones de las Normas Técnicas para cada una de las MAR, acorde con el proceso de modernización que experimentaba el país¹⁴. En la siguiente tabla se puede ver la evolución que éstas han tenido, desde su primera publicación hasta la fecha.

TABLA N° 1:
AÑO DE PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS TÉCNICAS SEGÚN MAR

EDICIÓN DE LAS NORMAS TÉCNICAS	REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA Y RECLUSIÓN NOCTURNA	LIBERTAD VIGILADA DEL ADULTO
1ª GENERACIÓN	1986	1983
2ª GENERACIÓN	1997	1992
3ª GENERACIÓN	2001	2003

¹²Decreto exento de Justicia N° 195 del 24 de Enero de 1985. Firmado por el Ministro de Justicia de la época, Sr. Hugo Rosende.

¹³Resolución N° 317 de Gendarmería de Chile de fecha 14 de febrero de 1986.

¹⁴La aprobación de los nuevos cuerpos de normas resultó coincidente con las recomendaciones del Noveno Congreso de Las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en 1990 en la ciudad de la Habana. En este encuentro internacional se dictan las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (o *Reglas de Tokio*). El Sistema que se estaba aplicando resultó coherente con dichas reglas, las que además fueron suscritas por nuestro país. Para los directivos y operadores del Sistema, estas reglas se convierten en el marco regulador y doctrinario para la formulación de procedimientos de ejecución penal y conceptos propios de tendencias criminológicas modernas, en el marco de respeto a los derechos y dignidad de las personas penalizadas.

Durante este período, además, se crean las primeras Secciones de Tratamiento en el Medio Libre, que posteriormente se denominarán *Centros de Reinserción Social (CRS)*¹⁵. La primera etapa abarca las ciudades asiento de Corte de Apelaciones y luego las principales capitales provinciales del país. La cobertura geográfica del Sistema se instalará gradualmente según criterios de eficiencia, cubriendo las ciudades con mayores concentraciones de población y demanda expresada por la aplicación de MAR. El 13 de enero de 1998 se aprueba el *Manual de Funcionamiento de los Centros de Reinserción Social*, que aúna criterios en cuanto a su estructura y organización¹⁶.

En 1983 se realiza el primer curso de formación para DLV, que luego el Ministerio de Justicia habilita de acuerdo al mandato legal. Durante esta etapa, los cursos de formación para el ejercicio de la función se externalizan hacia entidades académicas, como la Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Facultad de Economía y Administración de la Universidad de Chile. Además de los requisitos establecidos en el cuerpo reglamentario, se definen con precisión los perfiles vocacionales, éticos y psicológicos de quienes ejercerían la función. Recayó en ellos mismos la conducción de los Centros que se crearon en esta etapa. Durante los últimos años, las nuevas promociones de DLV han sido rigurosamente seleccionadas como resultado de llamados a concursos públicos, y su proceso de acreditación se ha adaptado a las necesidades de tan compleja función. Participan, además, en programas de entrenamiento y capacitación tales como: Criminología aplicada, manejo en pruebas psicológicas, Psicoterapia Estratégica Breve, métodos y técnicas de entrevista e intervención comunitaria, resolución de conflictos, técnicas de Intervención Motivacional, Tolerancia y No Discriminación, entre los más importantes. La composición de profesiones y los programas de entrenamiento configuran un Sistema profesionalizado.

IV.2. DESARROLLO DEL SISTEMA Y PROGRAMAS DE APOYO A LAS MAR

a) Programa Laboral:

Uno de los instrumentos más poderosos de reinserción social es la obtención y mantenimiento, por parte del penado, de un trabajo remunerado o capacitación para el empleo. Este es uno de los servicios básicos que el Sistema debe prestar a sus usuarios, dado que una proporción importante pertenece a mercados laborales altamente informales, poseen escasos hábitos laborales o se encuentran cesantes a causa de la detención preventiva. Pese a que la Ley 18.216 posee un mecanismo de omisión de

¹⁵Decreto Ley de Justicia N°1.771 de 1992 el cual establece el nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

¹⁶Documento en proceso de actualización, disponible en el DTML (tml@gendarmeria.cl)

las anotaciones prontuariales¹⁷, el hecho de ser penalizados profundiza su situación de exclusión social. Con la certeza que era necesario iniciar una acción sistemática en esta dirección, durante 1993 se diseña el Programa de Reinserción Laboral del Medio Libre, aprobado por el Ministerio de Hacienda con un monto estimado de trescientos millones de pesos y una cobertura anual inicial de 1.200 penados. Posteriormente, se le agregará un aporte del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE), cuyo objetivo es potenciar su componente de capacitación.

La población objetivo del programa está conformada por el universo de personas que no han concluido la Enseñanza Media, ya que se entiende que el nivel educacional es un adecuado predictor respecto de la inserción en el mercado laboral. En la actualidad, los beneficiarios del programa ascienden a más de 2.000 personas.

La intervención se lleva a cabo a través de dos componentes: el *componente 1* de capacitación laboral (en oficios, desarrollo de competencias laborales, emprendimiento/gestión microempresarial, etc.) y/o nivelación de estudios; y el *componente 2* de colocación laboral dependiente o independiente (ésta última, acompañada de apoyo económico al beneficiario mediante la entrega de herramientas, materia prima o maquinarias). Las actividades de cada componente se llevan a cabo en el transcurso de 12 meses y dependiendo de un diagnóstico inicial, los beneficiarios acceden al proceso de intervención propiamente tal, que puede involucrar a uno o ambos componentes de manera consecutiva¹⁸. Una vez que egresan del mismo son objeto de un seguimiento por parte del encargado del programa¹⁹.

La tabla N° 2 expone el número de beneficiados por el programa entre los años 2000 y 2007, según tipo de intervención²⁰. El gráfico siguiente muestra la evolución de la población atendida por este programa en los últimos años.

¹⁷ Título 3° Arr. 29 Ley 18.216.

¹⁸ Las orientaciones e instrucciones específicas sobre el desarrollo y funcionamiento del programa laboral fueron impartidas por el DTML a través del "Manual de funcionamiento del Programa Laboral" y "Orientaciones técnicas para la presentación de proyectos del programa de reinserción laboral del medio libre, año 2007", disponibles en el DTML, Direcciones Regionales y CRS.

¹⁹ En agosto de 1998 fue entregado un primer informe del Panel que evaluó 40 programas gubernamentales de carácter social a nivel nacional financiados por el Ministerio de Hacienda; el Programa de Reinserción Laboral del Medio Libre resultó, en esa oportunidad, muy bien evaluado por lo que le fueron aumentados recursos y cobertura. Una segunda evaluación, realizada el año 2005, dio similares resultados. Fuente: Biblioteca virtual DIPRES (Ministerio de Hacienda), evaluación de programas gubernamentales, Ministerio de Justicia. Disponible en: www.dipres.cl

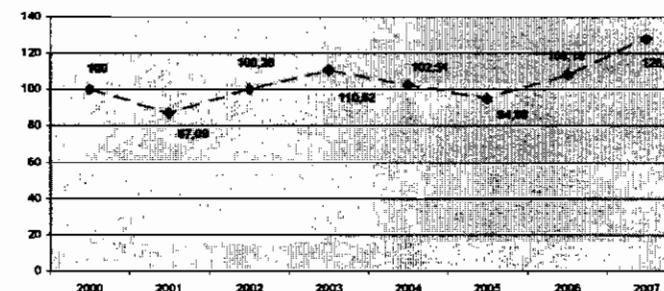
²⁰ Debe aclararse que en el año 2000, hubo un proceso de redefinición de las metas programadas, de modo que se privilegió mejorar la calidad de la intervención por sobre el número de personas que sería beneficiada. Ello explica la disminución observada en la población total intervenida durante el año siguiente (2001). A partir de entonces, el Programa ha sufrido pocos cambios y las condiciones en que se ha implementado son comparables de un año a otro. Por este motivo, en la tabla N° 2 el cálculo de la variación porcentual

TABLA N° 2:
NÚMERO DE BENEFICIARIOS EFECTIVOS POR TIPO DE INTERVENCIÓN EN EL PROGRAMA LABORAL, PARA EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 2001 Y 2007

TIPO DE INTERVENCIÓN	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
SOLO CAPACITADO	100	82,67	83,84	109,53	114,42	114,30	123,84	159,19	12,54
SOLO COLOCADO	100	82,59	82,39	71,66	87,85	82,79	89,27	101,21	-14,60
CAPACITADO Y COLOCADO	100	99,33	95,65	94,31	65,89	50,84	57,86	94,98	-20,16
OTRA SITUACIÓN	--	100,00	128,57	76,19	90,48	38,10	--	--	-13,33
TOTAL	100	91,15	90,45	152,19	152,65	155,73	213,17	355,38	10,71

Fuente: Estadística interna Programa Laboral, Departamento de Tratamiento en el Medio Libre.

Gráfico N°1:
Evolución beneficiados por el programa laboral (2000-2007)



b) Sistema Informático y Técnicas de Planificación:

Desde el año 1999, previo a la implementación de la Reforma Procesal Penal, fue necesario el diseño de un Sistema Informático del Medio Libre, el que desde entonces se ha ido perfeccionando continuamente. Con ello no sólo mejoró la calidad del servicio que se entregaba a los Jueces y penados, sino además se dio solución a la necesidad de contar con información confiable, que guiara la toma de decisiones y el diseño de políticas, programas y proyectos de desarrollo para el Sistema que se analiza.

(que permite apreciar el crecimiento del total de beneficiados del Programa) se ha calculado entre los años 2001 y 2007.

Asimismo, se dejaron de usar métodos y técnicas de planificación convencional para adoptar la **Planificación Estratégica** como herramienta en la definición e instalación de un plan de desarrollo coherente y compartido por los integrantes del sistema de ejecución, iniciando un programa tendiente a fortalecerlo.

c) Modelo de Intervención en población con LVA:

Durante el último decenio, el Sistema ha debido adaptarse a la creciente complejidad criminológica de las personas que acceden a las MAR y, en especial, a la LVA. Para lograrlo, el año 2000 se formuló un **Modelo de Intervención Diferenciada (MID)** para los penados a esta medida, que opera de acuerdo a sus características individuales y el tipo de delito que han cometido²¹. Tal Modelo pasa a convertirse en una metodología de trabajo para todos los DLV quienes, hasta entonces, estructuraban los programas de intervención con altos grados de discrecionalidad – y en consecuencia de heterogeneidad – en base al particular enfoque disciplinario de cada profesional. En la actualidad, en cambio, el MID establece una estructura de trabajo en pos de objetivos específicos y entrega directrices para que los penados reciban una atención integral, incorporando en su repertorio conductas alternativas que posibiliten su inserción positiva a la sociedad. Según éste, el trabajo del DLV con cada usuario debe organizarse en tres etapas:

- 1/4. *Etapas de Diagnóstico:* permite identificar y jerarquizar problemas, necesidades y potencialidades del penado en los ámbitos social, familiar, educacional, laboral, criminológico y psicológico.
- 2/4. *Diseño del Plan de Intervención:* el DLV debe procurar la adquisición de contratos o acuerdos con el usuario en los que se especifiquen un conjunto de metas a alcanzar durante su permanencia en la medida que, por una parte, promuevan la solución de sus conflictos, el desarrollo de sus potencialidades y de su capacidad de autogestión y, por otra, contribuyan a romper pautas cognitivo conductuales que perpetúan sus problemas.
- 3/4. *Intervención:* el DLV debe entregar herramientas al penado que permitan resolver efectivamente los problemas y necesidades pesquisados, insertarse positivamente en la sociedad y evitar la reincidencia en conductas delictivas. Esto último se lleva a cabo mediante el trabajo a dos niveles:

- *Nivel individual:* se desarrolla durante todo el período de condena y comprende acciones en los ámbitos familiar, comunitario y psicológico. Se realiza por

²¹Mendoza, P. y Ramirez, M. "Modelo de Intervención Diferenciada para la Libertad Vigilada del Adulto". Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, N° 3, pp. 9-28. Santiago de Chile (Noviembre de 2001).

contacto periódico directo con el penado, al menos una vez por mes de acuerdo con las necesidades sentidas y/o detectadas, en un lugar previamente acordado con éste para no interferir con las actividades que realiza como parte de su proceso de reinserción social.

- *Nivel grupal:* se desarrolla preferentemente durante los tres primeros años luego que el sujeto ingresa a la medida y se realiza en dos etapas, denominadas de apresto y de intervención diferenciada por delito. Los Módulos de Apresto consisten en entrenar para la adquisición de habilidades personales que le permitan progresar en el programa de intervención global de la medida, interviniendo sobre su capacidad de comunicación, autoestima, motivación por el cambio, y receptividad a la autoridad. Los Módulos de Intervención Diferenciada por delito trabajan sobre la capacidad de resolución de conflictos, para desarrollar y mantener vínculos y para enjuiciar la realidad (juicio moral). La intervención puede ser realizada en forma individual o grupal, dependiendo de las distintas realidades locales y características personales de los penados. Una vez egresados de los módulos, los DLV continúan reforzando a los penados, mediante tareas, acuerdos y compromisos terapéuticos, apoyo asistencial y refuerzo positivo, tanto de los logros obtenidos como de todas aquellas características que fortalezcan su autogestión durante el tiempo que permanecen en la medida y el posterior a ésta. Además, los DLV involucran a la familia y a una amplia gama de organismos comunitarios en la elaboración y ejecución de proyectos tendientes a desarrollar habilidades en los penados y mejorar su calidad de vida.

Aún cuando la ley indica que las personas *deben* someterse a las condiciones impuestas por el Tribunal, existe consenso entre los operadores de la LVA en que los programas de intervención deben ser definidos *de común acuerdo* con los penados, tomando en cuenta tanto los problemas detectados por el Delegado en la fase de diagnóstico, como las necesidades y deseos expresadas por el propio individuo. De este modo, los DLV actúan como agentes conciliadores, motivadores del cambio y mediadores sociales, facilitando la identificación y jerarquización de los problemas o factores asociados a la conducta delictiva y el acceso a los servicios que fueren necesarios para su resolución.

Con esta modalidad de trabajo funcionando en todo el país, en Enero de 2004 se realizó un estudio exploratorio descriptivo de la población en LVA, para identificar problemas y necesidades a partir de las cuales fuera posible diseñar programas de asistencia más adecuados para este grupo poblacional específico²². Se constató que se trataba mayoritariamente de población masculina, joven (42% menor de 26 años) y

²²Verbal, X. "Caracterización de la Población Condenada a Libertad Vigilada del Adulto". En Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 8, pp. 82 - 106. Octubre de 2006. Santiago, Chile.

adulto joven (43% entre 26 y 45 años), de estratos socioeconómicos bajos, escolaridad incompleta, sin capacitación laboral, sin empleos estables, y con diversos problemas en su núcleo familiar y social. En el ámbito de la salud mental, el problema más prevalente era el abuso de sustancias psicotrópicas, principalmente alcohol y en menor medida otras drogas.

En los 3 últimos años, sin embargo, se están observando cambios significativos en muchos de los ámbitos mencionados en la población que accede a las MAR, probablemente como consecuencia de la Reforma Procesal Penal. Aunque no se cuenta con cifras exactas, se ha apreciado que el promedio de edad de los sujetos que ingresan a las MAR ha disminuido drásticamente, presentan problemas severos por adicción a drogas y un perfil criminológico mucho más complejo. Además, está aumentando el número de solicitudes de revocación por incumplimiento de las condiciones exigidas para cada medida, o por quebrantamiento del beneficio debido a la comisión de nuevos delitos. Estos cambios exigieron fortalecer el trabajo con redes comunitarias locales, ya que el cumplimiento de los objetivos requiere del trabajo coordinado entre operadores del Sistema, servicios sociales, municipios y organizaciones no gubernamentales. En particular, ha sido necesario desarrollar programas de apoyo específicos para la población de usuarios jóvenes, población femenina y población con problemas por abuso de sustancias psicotrópicas, tarea en la que el DTML se encuentra trabajando desde el año 2005.

d) Programa de Intervención para Jóvenes con MAR

En el caso de los usuarios jóvenes, el Sistema y Modelo de Intervención diseñado en las áreas social, psicológica y criminológica no estaba ofreciendo respuestas adecuadas a su ciclo de desarrollo y nivel de deterioro considerando, además de los problemas antes mencionados, la situación de exclusión social en que muchos de ellos han permanecido, vinculación temprana al ambiente callejero, inadecuado uso del tiempo libre, baja autoestima, escaso control de impulsos, déficit en el repertorio de habilidades sociales, carencia de proyecto de vida y problemas conductuales diversos.

Para mejorar la oferta de servicios a esta población específica, a principios del año 2006 se planteó la creación de una modalidad de intervención que abordara los déficit enunciados otorgando condiciones mínimas para neutralizar los riesgos, a cargo de profesionales especializados y con la articulación de recursos locales, dando como resultado el Programa de Fortalecimiento e Integración Social de Jóvenes Penalizados a MAR. En Septiembre de ese año, este proyecto se implementó como programa piloto en el CRS de Angol, por un período de 1 año y 2 meses. Su objetivo general fue contribuir a la seguridad ciudadana mediante la efectiva integración socio-normativa de los jóvenes beneficiados con el programa y el desarrollo de habilidades que les permitan un adecuado ejercicio de roles en los ámbitos familiar, social, laboral y comunitario.

El proyecto contempló una primera fase de diagnóstico y luego una modalidad de intervención que abordara los déficit pesquisados en los jóvenes, mediante módulos formativos en las siguientes áreas: socio-familiar, competencias laborales, artístico-cultural, vida en comunidad y derechos y deberes ciudadanos. En los módulos se trabajó el desarrollo de habilidades específicas que les permitieran una efectiva adaptación a las exigencias de la adultez y un adecuado ejercicio de roles. La intervención estuvo a cargo de profesionales especializados y requirió la articulación de los recursos asistenciales locales. Los productos esperados en los jóvenes fueron: (1) sentido de pertenencia y bases afectivas en el ámbito sociofamiliar; (2) desarrollo de competencias para la inserción escolar o laboral; (3) derechos y deberes con respecto a la comunidad; y (4) ocupación del tiempo libre y expresión de intereses.

Aunque el estudio de resultados y percepciones en los jóvenes se encuentra aún en desarrollo, resultados preliminares indicarían que los objetivos se cumplieron y la evaluación que hacen los beneficiarios y operadores es muy positiva. Debe destacarse, por ejemplo, que el grupo de jóvenes beneficiados con el programa afectos a la LVA, observaron los mejores resultados en términos de falta de quebrantamientos y/o comisión de nuevos delitos. Por estos motivos, se está proyectando su implementación y ampliación de cobertura hacia otros CRS del país.

e) Programa de Salud Mental y Centros de Tratamiento contra Adicciones:

El objetivo de este programa es mejorar la calidad de vida de los usuarios promoviendo un estilo de vida saludable y realizando las acciones necesarias para que quienes presenten problemas en esta área, tengan acceso a la oferta de Servicios públicos y privados según sea el caso. Para lograrlo, desde el año 2005, el DTMI, ha puesto a disposición de sus funcionarios un *Manual de Psicopatología para los Centros de Reinserción Social*²¹, pensando en las necesidades de capacitación de los profesionales en lo referente a diagnóstico e intervención en el área de salud mental de imputados y penados a Libertad Vigilada. Su objetivo es simplificar el estudio, comprensión y clasificación de los diversos fenómenos psicopatológicos, facilitar la aproximación diagnóstica y orientar en la conducta a seguir por Diagnosticadores y Delegados frente a una gran gama de problemas de salud mental que podrían pesquisar en su práctica cotidiana.

Por otra parte, para brindar atención a la población con problemas por abuso de alcohol y/o drogas, en los años 2006 y 2007 respectivamente se crearon Centros de Tratamiento de Adicciones (en adelante, CTA) integrados a los CRS de Antofagasta y Santiago. El Programa de Tratamiento se concibe como un conjunto organizado de intervenciones terapéuticas basadas en un Enfoque Biopsicosocial y Estrategias

²¹ Verbal, X. "Manual de Psicopatología General para profesionales de los Centros de Reinserción Social". Documento interno del DTMI, disponible en <http://educadis.gendatmeria.cl/biblio/index.php?coid=53>

Motivacionales, en el que se abordan dos ámbitos generales en la vida de los penados: consumo problemático de drogas y conducta delictiva. El objetivo es promocionar en ellos un estilo de vida saludable, la abstinencia en el consumo problemático de sustancias psicotrópicas, un funcionamiento personal e interpersonal más gratificante y su reinserción social. La ejecución del conjunto de prestaciones se ha adaptado a las especificaciones técnicas establecidas por CONACE y el Ministerio de Salud para la constitución de Equipos Terapéuticos y Planes de Prevención, Tratamiento de Bajo Umbral, Tratamiento Ambulatorio Básico, Tratamiento Ambulatorio Intensivo y Seguimiento post egreso. Las normas técnicas que rigen el quehacer de los CTA se encuentra sistematizado en diversos documentos elaborados conjuntamente por profesionales de Gendarmería y CONACE²⁴.

La decisión de crear un programa de intervención específico para la población con MAR se basa no sólo en la necesidad demostrada de intervención en esta área, sino además en su factibilidad técnica, ya que los profesionales del Sistema han sido capacitados por CONACE en detección y manejo de personas con abuso de sustancias, favoreciendo el trabajo coordinado con los Equipos Terapéuticos de los CTA. También se ahorra infraestructura, trabajo y personal administrativo, dando atención a diversas necesidades de los penados en un mismo lugar. Este programa es coherente con el objetivo estratégico Institucional de trabajar por la reinserción social de los penados y con las políticas definidas por el Estado en materias de seguridad pública y control del abuso de sustancias psicotrópicas, contenidos en la *Política Nacional de Seguridad Ciudadana*²⁵, la *Estrategia Nacional de Seguridad Pública*²⁶, la *Estrategia Nacional sobre Drogas*²⁷ y el *Plan Integral en Drogas dirigido a persona Privadas de Libertad*²⁸.

El proyecto cubre las necesidades de atención a penados de ambos sexos, mayores de 16 años, condenados a LVA, RCP, RN o con el beneficio de Salida Controlada al Medio Libre, y que presenten problemas asociados al abuso/adicción a alcohol y/o

²⁴Estos documentos son: el *Modelo de Intervención a Personas con Consumo problemático de Sustancias Psicotrópicas Recluidas en los Establecimientos Penales Chilenos* (Tomos I, II y III), el *Manual de Tratamiento de Bajo Umbral* y el *Programa de Intervención en Modalidad Ambulatoria Básica e Intensiva para Personas con Abuso de Sustancias Psicotrópicas Beneficiarias de Medidas Alternativas a la Reclusión*, todos ellos disponibles en el DTML. El Programa de trabajo contempla, además, variables de género tanto en las fases de Diagnóstico como de Tratamiento y es coherente con las políticas impulsadas por el Área Técnica de CONACE para el Tratamiento y Rehabilitación de mujeres adultas con consumo problemático de drogas.

²⁵Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana. *Política Nacional de Seguridad Ciudadana*. Santiago, Octubre de 2004. Disponible en www.interior.gov.cl, y en www.seguridadciudadana.gov.cl.

²⁶Ministerio del Interior. *Estrategia Nacional de Seguridad Pública*. Santiago, Noviembre 2006, pp 4 - 7. Disponible en www.interior.gov.cl.

²⁷CONACE. *Estrategia Nacional sobre Drogas*, Santiago, Enero 2003. Disponible en www.conace.gov.cl.

²⁸Gendarmería de Chile. *Plan Integral en Drogas dirigido a persona Privadas de Libertad*, Decreto Exento 2175 (2000).

drogas. La cobertura esperada para cada CTA es aproximadamente de 42 personas por año en los tres Planes de Tratamiento, cifra que puede aumentar dependiendo de la rotación de beneficiarios en el programa. Las siguientes tablas exponen el número de usuarios atendidos por cada Centro de Tratamiento durante el año 2007.

TABLA N° 3:
NÚMERO DE BENEFICIARIOS EFECTIVOS POR TIPO DE INTERVENCIÓN
EN EL CTA DE ANTOFAGASTA, DURANTE EL AÑO 2007

	Programa de Prevención	Tratamiento de Bajo Umbral	Tratamiento en Plan Ambulatorio Básico	Tratamiento en Plan Ambulatorio Intensivo	
HOMBRES	92,0	87,9	90,9	90,0	90,8
MUJERES	8,0	12,1	9,1	10,0	9,2

Nota: contempla el total de usuarios atendidos entre los meses de Enero y Diciembre de 2007. No incluye a 4 penados de sexo masculino y uno de sexo femenino que, por la gravedad de sus adicciones, fueron derivados desde el CTA a otras Instituciones, en donde pudieran recibir tratamiento en modalidad residencial. Estos casos, sin embargo, siguieron siendo controlados regularmente por el equipo de profesionales del CTA

TABLA N° 4:
NÚMERO DE BENEFICIARIOS EFECTIVOS POR TIPO DE INTERVENCIÓN
EN EL CTA DE SANTIAGO, DURANTE EL AÑO 2007

	Programa de Prevención	Tratamiento de Bajo Umbral	Tratamiento en Plan Ambulatorio Básico	Tratamiento en Plan Ambulatorio Intensivo	
HOMBRES	82,3	95,2	100,0	100,0	89,0
MUJERES	17,7	4,8	0,0	0,0	11,0

Nota: Contempla el total de usuarios atendidos entre los meses de Abril y Diciembre de 2007. No incluye a 5 penados de sexo masculino que, por la gravedad de sus adicciones, fueron derivados desde el CTA a otras Instituciones, en donde pudieran recibir tratamiento en modalidad residencial. Estos casos también siguieron siendo controlados regularmente por el equipo de profesionales del CTA.

Las supervisiones realizadas por CONACE han establecido que ambos CTA del Medio Libre están superando con creces las metas y expectativas inicialmente impuestas. El DTML ha contemplado reproducir este servicio en otros CRS del país, donde la población atendida presente problemas significativos asociados al abuso de drogas. En espera del apoyo requerido, se está recopilando toda la experiencia posible

para que futuros proyectos, si llegan a concretarse, lo hagan en las mejores condiciones posibles.

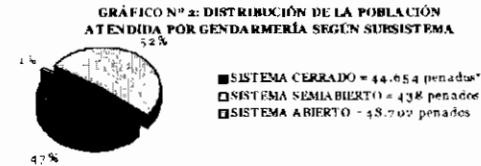
f) Programa de Intervención para Mujeres con MAR:

Por último, para reducir progresivamente la brecha existente entre hombres y mujeres en la población penalizada en cada una de las MAR, el DTML ha implementado desde el año 2007 el Programa con Enfoque de Género. El desafío es implementar en todos los CRS del país acciones diferenciadas por medida para crear un sistema de atención, control, asistencia e intervención a la población femenina, transversalizada por el enfoque de equidad de género, considerando su realidad social, educacional y laboral, roles, expectativas y circunstancias económicas, con el fin de incrementar su calidad de vida. Para las medidas de RCP y RN los productos son: (1) la implementación de campañas educativas a través de las cuales se entrega a las mujeres información sobre sus derechos y (2) el acceso a capacitación laboral con enfoque de género. En la LVA, el proceso de intervención debe ser transversalizado por el enfoque de género y entre sus productos más destacados, hasta ahora, están: (1) capacitación a los DLV sobre Enfoque de Género y violencia intrafamiliar (2) programas de capacitación especial para mujeres en el marco del Programa Laboral y (3) implementación del Módulo de Comunicación para mujeres en LVA (en el marco del Modelo de Intervención Diferenciada). Para este año se contempla, además, continuar con el plan de capacitación a los profesionales de los CRS en el tema de la violencia intrafamiliar (prevención, pesquisa e intervención), continuar con las campañas de difusión de los Derechos de la Mujer, ampliar la cobertura de los programas de capacitación laboral a condenadas con MAR y elaborar un estudio para medir el grado de satisfacción de la población femenina con LVA que accede al Módulo de Comunicación con Enfoque de Género.

IV.3. EVOLUCIÓN DE LAS MAR, IMPACTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA

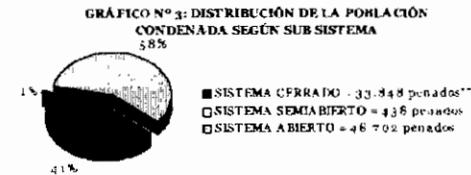
Los sujetos con MAR representan en la actualidad el 52% del total de la población atendida por Gendarmería de Chile, proporción que aumenta al 58% si se considera sólo a la población condenada (ver GRÁFICOS N° 2 Y 3). Al efectuar una distribución por género se observa que, comparada con la población reclusa, la población femenina es siempre mayor en el Sistema del Medio Libre.

GRÁFICO N° 2:
DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN
ATENDIDA POR GENDARMERÍA SEGÚN SUBSISTEMA



* Incluye población detenida, imputada, procesada y condenada

GRÁFICO N° 3:
DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN CONDENADA SEGÚN SUB SISTEMA



** Incluye sólo población condenada, datos vigentes a Febrero de 2008

En Diciembre del año 2000 se inicia la aplicación de la Reforma Procesal Penal (en adelante, RPP). El estudio previo de impacto realizado por el Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile señala que una de las áreas al interior de Gendarmería que se vería más afectada sería el Sistema del Medio Libre: se preveía un aumento considerable en la solicitud de Informes Presentenciales y un impacto en el sistema penitenciario en general, que junto con cambiar el tamaño y composición de la población reclusa, aumentaría también el flujo de ingresos a MAR. En efecto, la RPP implicó estos y otros muchos desafíos para el Sistema.

En el ámbito de los Informes Presentenciales, la RPP implicó reformular sus contenidos para aumentar su validez y confiabilidad y, al mismo tiempo, disminuir su tiempo de confección para armonizarlo con la duración media del nuevo procedimiento penal. Este cambio ya venía operando sin reforma por la fuerte demanda de los Jueces del Crimen, y obligó a la contratación de profesionales dedicados en forma exclusiva a su elaboración. Cumpliendo con los estándares técnicos definidos por el DTMI., se conformaron los Equipos de Diagnóstico.

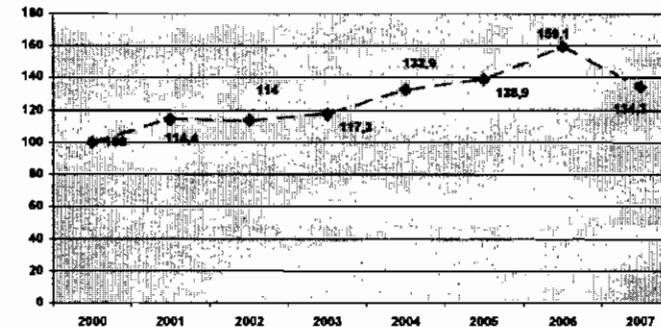
Las solicitudes de IP habían presentado un aumento sostenido, pero gradual desde el año 1984 hasta el 2000; mas, desde el inicio de la RPP la demanda de estos informes se multiplicó (ver TABLA N° 5 y GRAFICO N° 4). Debe tenerse presente que este proceso clave no fue previsto en la carga laboral que la Reforma implicaría, por lo que la demanda de informes rápidamente terminó excediendo la capacidad de respuesta de los equipos de diagnóstico. Debido a ello, muchos DIV tuvieron que contribuir en su confección, afectando la intervención que debían realizar con los penados de LVA. Según las estadísticas internas del DTMI., el año 2000 fueron solicitados 6.931 IP y el año 2006, 11.024, lo que representó una variación porcentual positiva de 59%. Esta situación exigió conformar nuevos Equipos de Diagnóstico y capacitarlos para que cumplieran con los estándares técnicos fijados para su confección.

TABLA N° 5:
VARIACIÓN PORCENTUAL DEL PROMEDIO ANUAL DE IP SOLICITADOS,
DESDE EL MOMENTO EN QUE SE IMPLEMENTA LA RPP HASTA
EL AÑO 2007, SEGÚN ETAPAS DE LA MISMA

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
I ETAPA (IV y IX Regiones)	100	177,19	138,42	141,23	177,37	158,42	169,12	175,61	62,48
II ETAPA (II, III y VII Regiones)	100	112,57	142,37	124,29	142,90	151,55	160,88	134,60	38,44
III ETAPA (I, XI y XII Regiones)	100	101,27	99,01	117,04	99,72	89,30	88,03	81,69	-3,42
IV ETAPA (V, VI, VIII y X Regiones)	100	119,77	115,53	125,47	157,28	155,85	148,13	115,82	33,98
V ETAPA (Región Metropolitana)	100	99,65	103,44	102,38	106,05	129,49	186,17	156,80	26,28
	100	114,43	114,00	117,26	132,64	139,07	159,05	134,30	

Contra lo que había estado ocurriendo los años anteriores, durante el año 2006 las solicitudes de IP comenzaron a declinar en algunas regiones del país, llegando a sufrir una brusca caída en el año 2007 (de casi un -16%). El origen de este fenómeno requiere ser investigado.

Gráfico N° 4:
Evolución solicitudes IP (2000-2007)



En esta materia, los desafíos pendientes del DTMI son, por una parte, la actualización de la pauta para la elaboración de los IP; y, por otra, la adquisición de acuerdos a nivel nacional con el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, para establecer la oportunidad legal en que debiera solicitarse su confección.

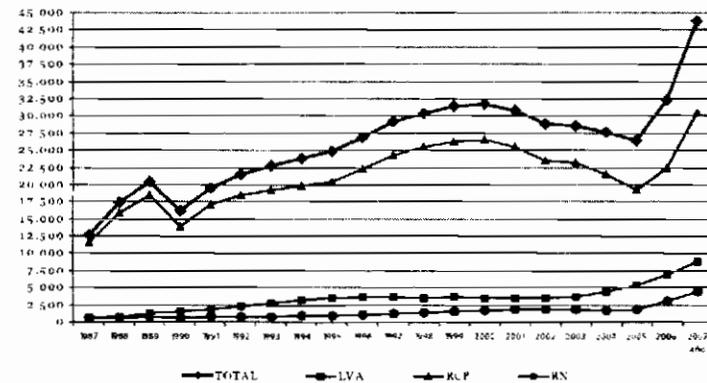
En el ámbito general de las Medidas Alternativas a la Reclusión, desde la promulgación de la Ley 18.216, la población había ido aumentando de manera sostenida, con la sola excepción del año 1990, en el que hubo una brusca caída del promedio de personas condenadas que, sin embargo, rápidamente comenzó a remontar. Durante los 10 años siguientes, antes de la RPP, se registra el mayor crecimiento del sistema, llegando el año 2000 a su máximo punto de crecimiento. Coincidiendo con sus primeros años de funcionamiento, entre los años 2000 y 2004, nuevamente disminuye el promedio anual de población condenada en MAR y se observa un cambio en su composición: la población en RN se mantiene estable, en RCP disminuye y en LVA aumenta exponencialmente (ver TABLA N° 6 y GRAFICO N° 5)²⁹.

²⁹Los gráficos y tablas presentados en este trabajo no cuentan con datos estadísticos anteriores al año 1987, debido a que hasta entonces la información era recopilada manualmente. Fuentes: Compendios Estadísticos, Subdepartamento de Control penitenciario y Sistema Informático del Medio Libre, dependientes de Gendarmería de Chile.

TABLA N° 6:
PROMEDIO ANUAL DE PERSONAS CONDENADAS CON MAR, ENTRE LOS AÑOS 1990 Y 2007

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
CP	19406	17117	18412	19125	19840	20505	22209	24409	25436	26274	26517	25507	22540	23138	21550	19223	22415	30264
DR	636	688	736	812	854	915	1006	1205	1348	1516	1700	1812	1785	1755	1650	1848	1115	4408
DR	1556	1794	2288	2699	3145	3455	3641	3657	3548	3679	3463	3494	3445	3694	4357	5357	6836	8772

GRÁFICO N° 5:
EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN CONDENADA A MAR ENTRE LOS AÑOS 1987 Y 2007



El descenso en las cifras totales se explica por el impacto de la Ley de Indulto Jubileo 2000, la tendencia de crecimiento en la población reclusa y la incorporación de las Salidas Alternativas al Procedimiento Penal - en especial, la Suspensión Condicional del Procedimiento - que absorbieron un alto porcentaje de los casos que anteriormente eran condenados a Remisión Condicional de la Pena. Este efecto se mantiene hasta el segundo semestre del año 2005, momento en el que la población de todas las medidas vuelve a crecer progresivamente, en especial la RCP y la LVA (ver GRAFICOS N° 5, 6, 7 y 8).

GRÁFICO N° 6:
PORCENTAJE DE PENADOS DEL SISTEMA ABIERTO SEGÚN M.A.R. EN EL AÑO 1987

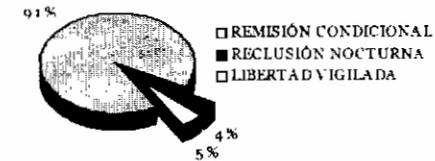


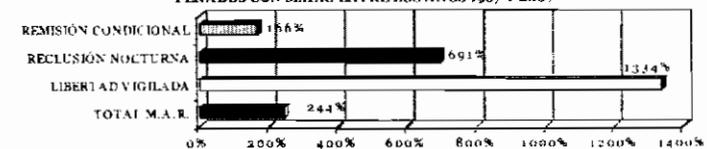
GRÁFICO N° 7:
PORCENTAJE DE PENADOS DEL SISTEMA ABIERTO SEGÚN M.A.R. EN EL AÑO 2007

GRÁFICO N° 7: PORCENTAJE DE PENADOS DEL SISTEMA ABIERTO SEGÚN M.A.R. EN EL AÑO 2007



GRÁFICO N° 8:
VARIACIÓN PORCENTUAL DEL PROMEDIO ANUAL DE PENADOS CON M.A.R. ENTRE LOS AÑOS 1987 Y 2007

GRÁFICO N° 8: VARIACIÓN PORCENTUAL DEL PROMEDIO ANUAL DE PENADOS CON M.A.R. ENTRE LOS AÑOS 1987 Y 2007



La población sujeta a la medida de Libertad Vigilada del Adulto ha experimentado un alza sistemática desde la promulgación de la Ley 18.216 en 1983, y muy particularmente desde el año 2003. Constituye la medida alternativa de mayor crecimiento durante todo el período, pasando del 5% de la población total sujeta a MAR en 1987, al 20% en 2007. Cada etapa de implementación de la RPP ha traído consigo un incremento notable en la población con esta medida y, desde el año 2003, el crecimiento es prácticamente exponencial (ver TABLA N° 7). Es importante señalar que, aun sin RPP, la Región Metropolitana experimentó un aumento notorio en su población desde el año 2003, situación que con la aplicación de la Reforma desde Junio de 2005 se ha agudizado aún más. La variación porcentual de la población total en esta medida, según etapa de la RPP, se aprecia en la siguiente tabla.

TABLA N° 7:
VARIACIÓN PORCENTUAL DEL PROMEDIO ANUAL DE PENADOS CON LVA, DESDE EL MOMENTO EN QUE SE IMPLEMENTA LA RPP HASTA EL AÑO 2007, SEGÚN ETAPAS DE LA MISMA

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
I ETAPA (IV y IX Regiones)	100	104,80	108,27	128,27	146,13	196,80	214,40	231,47	61,45
II ETAPA (I, III y VII Regiones)	100	100,00	95,94	111,29	130,25	167,04	191,87	214,67	44,44
III ETAPA (I, XI y XII Regiones)	100	97,82	93,01	100,87	126,64	142,79	165,07	186,03	30,32
IV ETAPA (V, VI, VIII y X Regiones)	100	102,38	103,12	106,16	123,16	159,17	206,16	249,07	49,89
V ETAPA (Región Metropolitana)	100	97,87	93,88	97,68	115,49	128,11	186,18	294,25	44,78
	100	100,60	99,19	106,36	125,40	153,47	196,26	252,58	

Los estándares técnicos establecen que cada DLV debiera controlar un máximo de 30 personas para poder realizar una intervención adecuada a cada caso. En la actualidad, el promedio de penados por Delegado es de 45, un 50% mayor a lo establecido por la norma técnica, y en algunos CRS es inclusive mucho mayor. Además, como antes se ha mencionado, en situaciones de gran demanda muchos CRS han requerido que sus Delegados colaboren en la elaboración de IP, restándoles un tiempo considerable para el trabajo con los penados. Cuando se dan estas condiciones, la calidad del servicio prestado a esta población se deteriora significativamente.

La medida de Remisión Condicional de la Pena ha reunido históricamente el mayor número de personas beneficiadas con la Ley 18.216. En 1987 representaba el 91% del total de condenados con MAR, mientras que para el año 2007 descendió al

69% (ver GRAFICOS N° 6 y 7); antes de implementarse la RPP, el promedio anual más alto de población con esta medida se registra en el año 2000, con 26.592 penados. Durante el quinquenio 2000-2005 se registra una disminución sostenida de su población, llegando incluso por debajo de los 20.000, para volver a aumentar de manera exponencial desde el año 2006 (ver GRAFICO N° 5). La variación porcentual de la población total en esta medida, según etapa de la RPP, se aprecia en la siguiente tabla.

TABLA N° 8:
VARIACIÓN PORCENTUAL DEL PROMEDIO ANUAL DE PENADOS CON RCP, DESDE EL MOMENTO EN QUE SE IMPLEMENTA LA RPP HASTA EL AÑO 2007, SEGÚN ETAPAS DE LA MISMA

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
I ETAPA (IV y IX Regiones)	100	92,08	63,63	49,58	50,34	55,43	68,56	105,17	-30,74
II ETAPA (II, III y VII Regiones)	100	99,20	78,77	50,83	38,05	46,84	58,74	82,30	-35,04
III ETAPA (I, XI y XII Regiones)	100	92,07	90,26	90,49	65,46	49,94	63,24	109,16	-19,91
IV ETAPA (V, VI, VIII y X Reg.)	100	93,88	86,29	85,83	84,24	67,38	62,86	78,08	-20,21
V ETAPA (Región Metropolitana)	100	99,01	101,98	113,89	107,23	98,41	130,10	177,82	18,35
	100	95,92	88,41	87,01	81,04	72,29	84,28	114,96	

La RCP es una medida de alta rotación, lo que genera un gran volumen de trabajo de carácter administrativo, técnico e informático, a fin de cumplir con la normativa establecida para esta medida. Sus mayores dificultades son la escasez de personal para llevar los registros y controles (tanto manuales como informáticos) y la insuficiencia de equipamiento computacional exclusivo para esta tarea, afectando la comunicación hacia Tribunales respecto del control y evolución de cada penado. Los estándares técnicos establecen que cada funcionario debiera controlar un máximo de 200 personas para poder realizar un control adecuado sobre cada caso. Hasta hace muy poco, el promedio de penados por funcionario duplicaba lo establecido, y la mayoría debía cumplir otras funciones administrativas en los CRS. En estas condiciones, al igual que con la LVA, la calidad de los servicios prestados a esta población se estaba deteriorando significativamente. Con la reciente contratación de funcionarios administrativos para esta función, se espera revertir en gran medida esta situación.

Uno de los desafíos pendientes para el perfeccionamiento de esta medida, es la implementación de un programa especial de asistencia dirigido sus usuarios, ya que,

siendo la de mayor volumen entre las MAR, continúa siendo la de menor acceso a los Programas de Apoyo disponibles en el Sistema.

Comparada con las otras MAR, la Reclusión Nocturna ha sido históricamente la de menor tamaño poblacional, representando el 4% del total en 1987 y el 10% en 2007. La población en esta medida experimentó alzas sostenidas hasta el año 2001. A partir de ese año y hasta el 2004 comenzó a decrecer, repuntando de manera explosiva a partir del 2005 (ver GRAFICO N° 5). En la siguiente tabla se aprecia la variación porcentual de la población total en esta medida, según etapa de la RPP.

TABLA N° 9:
VARIACIÓN PORCENTUAL DEL PROMEDIO ANUAL DE PENADOS CON RN,
DESDE EL MOMENTO EN QUE SE IMPLIMENTA LA RPP HASTA EL AÑO
2007, SEGÚN ETAPAS DE LA MISMA

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
I ETAPA (IV y IX Regiones)	100	116,4	114,9	98,5	90,8	95,4	128,2	195,9	20,0
II ETAPA (II, III y VII Regiones)	100	127,3	107,7	92,7	87,0	103,3	145,0	209,0	24,6
III ETAPA (I, XI y XII Regiones)	100	88,7	84,3	97,0	65,2	66,1	97,4	130,0	-10,2
IV ETAPA (V, VI, VIII y X Regiones)	100	111,0	106,6	101,4	102,8	118,6	146,0	203,6	27,2
V ETAPA (Región Metropolitana)	100	102,6	104,9	119,4	128,3	118,6	365,4	539,1	111,2
	100	109,8	104,4	102,6	98,8	109,8	182,2	262,5	

El promedio de penados por funcionario dedicado al control de sujetos con RN cumple con la norma técnica en la mayoría de los CRS (que es de 70 penados por funcionario administrativo), aunque en casi todos ellos, se trata de los mismos funcionarios que llevan el control de la medida de Remisión Condicional. Además, aquellos penados que cumplen con la medida en Unidades Penales del Sistema Cerrado son controlados por gendarmes o personal de estadísticas originalmente destinados a desarrollar otras funciones. En estas condiciones, al igual que con las otras dos medidas, la calidad de los servicios prestados a esta población se ha deteriorado significativamente.

Las dificultades en esta medida están referidas principalmente a las condiciones de los recintos destinados a la pernoctación de los penados, que son insuficientes y no cumplen con los requerimientos básicos de espacio, equipamiento y aislamiento

de quienes cumplen condena en prisión³⁰. Esto acarrea problemas de hacinamiento y contacto con población penal privada de libertad, cuyo perfil criminológico es significativamente más complejo. A lo anterior se suma la insuficiencia de personal administrativo y de vigilancia para la recepción, control y registro estadístico de los penados, y que las características psicosociales y criminológicas de éstos últimos se han tornado cada vez más complejas, dificultando la convivencia en el lugar de pernoctación. Todos estos inconvenientes hacen de la RN la medida alternativa con más altas tasas de incumplimiento y reincidencia legal.

En este sentido, los desafíos pendientes del DTML son, por una parte, habilitar nuevas dependencias en los establecimientos que dispongan de los espacios suficientes para ello, crear nuevos Centros Abiertos en donde no sea posible lo anterior y mejorar el equipamiento de los que presenten déficit en las condiciones de habitabilidad de los dormitorios (reposición de vidrios, iluminación, mejoramiento de baños, literas y ropa de cama); y por otra, reforzar la dotación de personal estable destinado a su control administrativo e incorporar nuevas tecnologías que faciliten y hagan más fiable el sistema de registro de los penados que cumplen con la medida.

Con todo, debe señalarse que recientemente el déficit de personal ha comenzado a revertirse, con la contratación de 22 nuevos profesionales el año 2006, y 67 el año 2007. El equipamiento también ha sido mejorado, ya que para cada nuevo profesional se ha adquirido un equipo computacional y una estación de trabajo. Además, el presente año se contrató 57 nuevos funcionarios administrativos para las medidas de RCP y RN. Ello debería traer un mejoramiento de la gestión en las distintas actividades de control que tales medidas consideran y en el mantenimiento del sistema informático del medio libre. Como esto no resuelve totalmente el déficit, se ha diseñado un plan presupuestario a mediano plazo, que permita agregar cada año nuevos recursos humanos y materiales al Sistema.

En cuanto a la relación entre los Tribunales de Justicia Penal y el Sistema en referencia, es necesario hacer presente que, en general, ellos no han participado en las etapas que la Ley y el Reglamento definen para garantizar la ejecución de las medidas. Este rasgo se presenta con más fuerza para la población en LVA y RN. A modo de ejemplo, puede citarse que *casi nunca* son acogidas las solicitudes de revocación, ni se responden los informes de no presentación y quebrantamientos de penados, quedando muchas de estas situaciones sin resolver. Esta falta de involucramiento por parte de

³⁰ Entre los años 1993 y 2002, el porcentaje de penados en RN que pernoctaba en Recintos Especiales fluctuaba entre el 28 y 34% del total. Desde el año 2003 este porcentaje ha aumentado año a año, llegando durante el 2007 al 62%, lo que se explica por: (1) la reciente habilitación de recintos especiales en Arica, Iquique, Ovalle, Valdivia, Rancagua, San Fernando y Punta Arenas, y (2) el cambio en las estadísticas generales, del total de penados que cumplían la medida (es decir, sólo aquellos que se presentaban regularmente a pernoctar en los recintos de Gendarmería) al total de penados vigentes en la medida (es decir, los que la cumplen y los que no la cumplen).

la autoridad jurisdiccional podría ser uno de los factores que restan credibilidad a las medidas que se analizan, sobre todo en relación a las expectativas y a los niveles reales de control que se ejerce sobre esta población. Al respecto, los CRS realizan esfuerzos constantes para obtener una rápida respuesta de los Tribunales, de modo que se tenga mayor claridad sobre la situación judicial de los penados.

La relación con el Ministerio Público, en cambio, ha presentado avances significativos en los últimos años, gracias al establecimiento de acuerdos de cooperación y el uso de nuevas tecnologías para mejorar la gestión. En el marco del Programa de Mejoramiento de la Gestión, en materia de Gobierno Electrónico, se ha acordado con esta Institución que los IP sean solicitados por las Fiscalías vía **Plataforma Web**, a los Centros en los que este sistema se ha implementado (CRS de Antofagasta, Valparaíso, Talca, Concepción y los 4 de la Región Metropolitana). Respondiendo a criterios de gestión territorial, durante el año 2008 se extenderá este sistema a 8 CRS capitales de región. Conjuntamente, se efectuará una evaluación del sistema con la finalidad de mejorarlo y efectuar las coordinaciones pertinentes con el Ministerio Público.

En cuanto a la situación actual de la **Infraestructura** del Sistema del Medio Libre, el cumplimiento de gran parte de las MAR se materializa en 32 CRS que atienden a 36.522 personas, lo que representa el 78% del total de penados a MAR; el 22% restante lo hace en 84 establecimientos del sistema cerrado³¹. La situación de los CRS es la siguiente: 50% de los establecimientos son propios, 13% son de Bienes Nacionales, 3% pertenecen al SERVIU y el 34% son particulares arrendados. El 53% de los inmuebles ocupados se encuentra en buen estado y el 47% restante, en regular estado.

En cuanto al espacio de trabajo, 28 de los 32 CRS presentan déficit, como consecuencia del aumento en la dotación del personal que se ha sido incorporado en los dos últimos años para atender a la creciente población de usuarios, desde la implementación de la RPP. Satisfacer las necesidades de los CRS y cumplir con los estándares dispuestos por la Institución, requiere de la ampliación, construcción o arrendamiento de nuevas propiedades por un total de 5.370 m² adicionales a los actuales. Para resolver este problema, en los últimos 3 años, la Institución ha gestionado nuevos proyectos de construcción en algunas regiones, permitiendo alcanzar los estándares mínimos necesarios definidos en la normativa legal y mejorando significativamente las condiciones de atención a los usuarios. Estos proyectos se han concretado específicamente en la construcción de tres CRS nuevos – que han reemplazado a edificaciones antiguas y deterioradas – en Talca, Punta Arenas y Antofagasta.

Asimismo, en los últimos años se han creado dos nuevas Unidades en la Región Metropolitana: el CRS Santiago Poniente, que comenzó a funcionar a contar del año 2002, y el CRS Santiago Oriente, el año 2007. A corto plazo se espera contar con

³¹Datos vigentes a febrero de 2008. Fuente: Sistema Informático del Medio Libre.

la creación de dos nuevos CRS en esta Región para ampliar la cobertura y mejorar la atención a los penados y sus familias. También se ha propuesto la creación de tres nuevos establecimientos en Castro, La Ligua y Coronel a objeto de mejorar la cobertura y descongestionar los CRS de las zonas en las cuales se inserta esta población. Establecimientos en condición crítica – como los CRS de Calama, Valparaíso y Rancagua – tienen serias deficiencias en sus condiciones de habitabilidad y seguridad, por lo que se han presentado las propuestas necesarias para su mejoramiento a corto plazo, ello dentro de un planteamiento general que involucra, además, la creación de cinco Centros Abiertos para los penados a RN en las regiones Metropolitana, Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Del Bío Bío.

Por último, desde mediados del año 2006, existe a disposición de todo el personal Institucional la página web con la **Comunidad Virtual de la Subdirección Técnica**, cuyos objetivos son facilitar el acceso a la información, potenciar el intercambio de conocimiento, transparentar la toma de decisiones y complementar los procesos de capacitación. El DTML ha promovido el uso de esta herramienta entre los operarios del Sistema, a través de diversas publicaciones en la biblioteca virtual, invitaciones a salas de Chat y foros de discusión y la realización del primer curso de acreditación para DIV que combina la modalidad e-learning con clases presenciales. La conectividad actual de los CRS alcanza el 80% y para junio de este año se espera llegar al 100%. También se contemplan cursos en Adicciones y comorbilidad psiquiátrica, Diagnóstico Biopsicosocial, Modelo Transteórico del Cambio e Intervención Motivacional, entre otros.

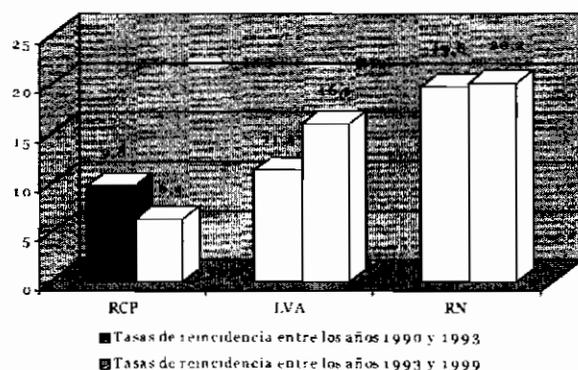
El estado actual de este Servicio es, en suma, el resultado de un complejo proceso de instalación paralelo al desarrollo técnico del sistema de ejecución. En los últimos 15 años se ha producido un gran salto cualitativo en el Sistema de MAR, por la creciente especialización y experticia de las personas que lo integran, junto con un perfeccionamiento de los métodos de trabajo.

V. ESTUDIOS SOBRE REINCIDENCIA Y EVALUACIÓN DE LAS MAR EN CHILE

Los últimos estudios realizados en Chile sobre tasas de reincidencia en el Sistema Penitenciario, muestran lo siguiente: (1) en las MAR, éstas se mantienen relativamente estables en el tiempo y (2) las modalidades de penas que se cumplen en total libertad (es decir, RCP y IVA) obtienen menores tasas de reincidencia que la que se cumple en medios cerrados (es decir, RN). Comparado con el Sistema Penitenciario Cerrado, las

MAR tienen tasas de reincidencia significativamente inferiores³². El siguiente gráfico muestra los dos últimos estudios de este tipo realizados en nuestro país.

GRÁFICO Nº 9:
TASAS DE REINCIDENCIA EN LA MAR



La evaluación que los propios usuarios del sistema hacen sobre las MAR es significativamente diferente según la medida que debían cumplir. En el caso de la LVA, la gran mayoría de los usuarios percibe que su situación personal mejoró al finalizar su permanencia en ella, principalmente en la calidad de las relaciones familiares, en la situación laboral y en las relaciones con su comunidad. En el caso de la RN, en cambio, esta evaluación tan favorable es compartida por un bajo porcentaje de los penados, siendo la opinión mayoritaria que el paso por esta medida empeoró su situación vital³³.

³²Fuentes:

- Tasas de reincidencia 1990-1993: *¿Castigar o Rehabilitar? Las Medidas Alternativas a la Reclusión en Chile. Estudio acerca del funcionamiento y resultados de las MAR realizado por la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia. Editorial Lom (1997). Pág. 84.*
- Tasas de reincidencia 1993-1999: *"Tasas de reincidencia de condenados egresados del sistema penitenciario 1993-1999". Estudio realizado por la Unidad de Investigaciones Criminológicas (UNICRIM), dependiente de Gendarmería de Chile (2000).*

³³*¿Castigar o Rehabilitar? Las Medidas Alternativas a la Reclusión en Chile. Estudio acerca del funcionamiento y resultados de las MAR realizado por la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia. Editorial Lom (1997). Págs. 105 - 108 y 139 - 143.*

Por último, en un estudio realizado el año 2004³⁴, se demostró que la visión general que la ciudadanía tiene de estas medidas es que son más humanas y efectivas para lograr la reintegración social de las personas condenadas y que representan un ejemplo de modernización del Sistema de Justicia. La mayoría estuvo de acuerdo con la ampliación de su catálogo actual y manifestó interés por apoyar su funcionamiento desde su propio entorno comunitario.

VI. PROPUESTAS DE AMPLIACIÓN DEL CATALOGO DE MAR

El compromiso de modificar la Ley 18.216, incluida la ampliación de su catálogo de medidas, fue adquirido por el Estado de Chile ante la Asamblea General de Naciones Unidas, al ratificar la firma de las Reglas de Tokio en 1990, y por los Gobiernos de los Sres. Eduardo Frei, Ricardo Lagos y la Sra. Michelle Bachelet, como dictan sus lineamientos estratégicos en materia de Justicia y Seguridad Ciudadana. Ello se plasma, además, en propuestas concretas impulsadas por el Ministerio de Justicia en conjunto con otras Instituciones desde hace 14 años, y en la Política Nacional de Seguridad Ciudadana y la Estrategia Nacional de Seguridad Pública publicadas por el Ministerio del Interior en los años 2004 y 2006 respectivamente.

LINEAMIENTOS ESTRATÉGICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA³⁵

En el año 1994 la entonces Ministra de Justicia, Sra. Soledad Alvear, conformó un primer equipo de trabajo para elaborar un anteproyecto de Ley que ampliara el catálogo de MAR³⁶, equipo en el que participaron dos penalistas y un profesional del DTMI. Más, a poco andar se evidenció que la gran diversidad de materias que hacía falta analizar requería de un equipo multidisciplinario de profesionales que, tanto desde el sistema público como del privado, contribuyeran con su conocimiento y experiencia en el diseño del proyecto. Fue así como este trabajo, junto a otros análisis coeños (como el estudio de costos, cargas laborales, y diseño organizacional) fue reeditado en forma más enérgica a partir del año 1997, luego que la Ministra Alvear suscribiera un convenio con la Fundación Paz Ciudadana. En respuesta a esta invitación, ese mismo año la Fundación Paz Ciudadana organizó un seminario sobre *"Penas Alternativas a la Prisión"*

³⁴*"Estudio Impacto del Nuevo Catálogo de Sanciones y Penas Alternativas". Instituto de Estudios Avanzados (IDEA) de la Universidad de Santiago, División de Defensa Social del Ministerio de Justicia y Unidad de Investigaciones Criminológicas (UNICRIM) de Gendarmería de Chile. Santiago, Noviembre de 2004. Págs. 89 - 92.*

³⁵Texto disponible en www.pazciudadana.cl/sist_ju_sist_penal.php

³⁶Ello coincidió con la aprobación de leyes especiales que introdujeron nuevas sanciones penales, todas de naturaleza alternativa a la reclusión, como el trabajo en beneficio de la comunidad, asistencia obligatoria a programas terapéuticos, multa sobre ingresos calculados por día y prohibición de asistir a determinados espectáculos. Estas leyes fueron las de Tráfico de Substancias Psicotrópicas, Violencia Intrafamiliar, Violencia en Recintos Deportivos y Maltrato a Menores

en Chile: Evaluación y Perspectivas”, y a fines de 1998 publicó un estudio comparado sobre MAR en Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra³⁷.

Más tarde, en los inicios del Gobierno del Sr. Ricardo Lagos, se volvió a proponer la ampliación del catálogo de MAR, idea contenida, entre otros documentos, en los Lineamientos Estratégicos del Ministerio de Justicia para ese período presidencial³⁸, tal y como se señala a continuación.

“Se modernizará el actual sistema diversificando, ampliando y flexibilizando las medidas penales distintas a la reclusión, de manera de adecuarlas a la actual ejecución de los delitos (. . .).”

Se buscará ampliar el catálogo a: Suspensión Condicional de la Pena, LVA, RN, Día Multa, Trabajos en Beneficio de la Comunidad, Arresto de fin de semana, Arresto Domiciliario y Libertad Restringida.”³⁹

Coherente con lo anterior, en el año 2001 se publicó la “Propuesta para la Reforma al Sistema de Medidas Alternativas a la Privación de Libertad”⁴⁰, en la que se expone un breve diagnóstico del Sistema – con el que se justificaba la necesidad de realizar modificaciones a la Ley 18.216 – y seis objetivos que una eventual reforma debía considerar⁴¹. Después de cuatro años de trabajo conjunto entre el Ministerio de Justicia y la Fundación Paz Ciudadana, en Enero del año 2002 se terminó la redacción de un Proyecto de Ley que modernizaba el sistema de MAR y que, sin embargo, nunca llegó a concretarse. La propuesta contemplaba, entre otros aspectos, desarrollar un sistema de sanciones amplio, diverso y flexible, que entregara a los jueces una mayor gama de respuestas penales, de modo que la severidad del castigo se ajustase mejor a la gravedad del delito, la magnitud del daño causado y las necesidades del Sistema de Justicia Penal, de la sociedad y del propio infractor.

Por último, el programa de Gobierno de S.E. la Presidenta Michelle Bachelet proponía, aún antes de su elección, una política criminal que contemplara la ampliación del catálogo de MAR. En el ámbito de Seguridad Ciudadana, título “Una Justicia Reparadora” específica:

³⁷ Ministerio de Justicia y Fundación Paz Ciudadana. *Los Sistemas de Medidas Alternativas a la Reclusión en Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra*. Documento de trabajo para el proyecto “Sistema de Ejecución de Penas para Chile”. Abril 1998.

³⁸ Ministerio de Justicia. *Lineamientos Estratégicos 2000 – 2006*. Santiago, Mayo de 2002.

³⁹ Ibis idem, página 17.

⁴⁰ Ministerio de Justicia y Fundación Paz Ciudadana. *Propuesta para la reforma al Sistema de Medidas Alternativas a la Privación de Libertad*. Santiago, Febrero de 2001. Disponible en www.pazciudadana.cl

⁴¹ Los objetivos allí planteados para el nuevo catálogo de medidas eran lograr la retribución del daño causado, la resocialización del infractor e impedir su desocialización, potenciar la eficacia de la pena privativa de libertad, contribuir con la disminución de la delincuencia y abaratar los costos operativos del Sistema Penitenciario en general.

“Impulsaremos una nueva ley de medidas alternativas a la privación de libertad y fortaleceremos la fiscalización a través del uso de nuevas tecnologías, como brazaletes y sistemas georreferenciados.”⁴²

POLÍTICA NACIONAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

La Política Nacional de Seguridad Ciudadana plantea, entre sus desafíos programáticos, el perfeccionar el sistema de penas no privativas de libertad, mediante la ampliación del catálogo de MAR y el establecimiento de una nueva línea de trabajo entre Gendarmería y diversas instituciones, destinada a abordar en forma coherente e integrada factores que están asociados a la comisión de delitos y que impiden la reinserción social de población penalizada en el medio libre.

“Existe consenso respecto de que el catálogo de MAR en nuestro país es demasiado restringido, por una parte, y que la imposición de esta clase de sanciones requiere de perfeccionamientos, por otra (. . .). En este contexto, debe ampliarse el catálogo de medidas alternativas a la reclusión legalmente establecidas y crearse condiciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las condiciones contenidas en ellas. Además, se debe monitorear el éxito de las diversas sanciones mediante estudios periódicos de reincidencia y establecer procesos de mejoramiento continuo mediante la evaluación de programas específicos y la difusión de buenas prácticas. Otra línea a destacar es el establecimiento de redes interinstitucionales locales – ya que la imposición exitosa de sanciones en comunidad requiere del trabajo coordinado entre delegados de sanciones alternativas, los servicios locales, el municipio y las organizaciones no gubernamentales –, su difusión y la promoción de su uso.”⁴³

ESTRATEGIA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

De acuerdo a las experiencias recogidas en el ámbito de la seguridad, la Estrategia Nacional de Seguridad Pública organiza las iniciativas deseables en ejes que, entre otras tareas, incluyen mejoras en la legislación vigente y el *perfeccionando los sistemas de penas privativas y no privativas de libertad*, específicamente referido como una *modificación a la ley 18.216*.⁴⁴

⁴² *Estoy Contigo: Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2006 - 2010*. Página 67. Santiago, Octubre de 2005. Disponible en www.gobiernodechile.cl/programa_bachelet/programa.pdf

⁴³ Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana. *Política Nacional de Seguridad Ciudadana*. Página 48. Santiago, Octubre de 2004. Disponible en www.interior.gov.cl y en www.seguridadciudadana.gov.cl

⁴⁴ Ministerio del Interior. *Estrategia Nacional de Seguridad Pública*. Página 23. Santiago, Noviembre 2006. Disponible en www.interior.gov.cl

PROYECTO DE LEY TENDIENTE A MODIFICAR LA LEY 18.216

El día 31 de Marzo del presente año, la Presidenta de la República envió el Mensaje N° 66-356 al Presidente de la Cámara de Diputados, con el que se inicia un proyecto de Ley tendiente a modificar la Ley 18.216 y la Ley Orgánica de Gendarmería⁴⁵. De sus contenidos se destaca lo siguiente:

- La ampliación del catálogo de MAR, incorporando la *Reparación del Daño* causado a las víctimas y el *Trabajo en Beneficio de la Comunidad* (o a favor de personas en situación de precariedad);
- La *improcedencia de la aplicación de LVA* respecto de ciertos delitos considerados especialmente graves (como secuestro, sustracción de menores, robos calificados y delitos sexuales agravados);
- La implementación de un sistema de *Monitoreo Electrónico a Distancia*, como posible forma de cumplimiento para penados con Reclusión Nocturna;
- El perfeccionamiento de las normas establecidas sobre *incumplimiento* de las condiciones exigidas para acceder a las MAR y *quebrantamiento* de las mismas; y
- La regulación sobre un *sistema especial de subvenciones*, para que instituciones acreditadas desarrollen proyectos que permitan la aplicación de los Trabajos en Beneficio de la Comunidad y la Libertad Vigilada del Adulto.

El proyecto fue ingresado el día 29 de Abril pasado y se encuentra en el 1° trámite Constitucional, a cargo de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

VI. COMENTARIOS FINALES

En los 25 años de funcionamiento del Sistema de Medidas Alternativas a la Reclusión, se ha podido constatar que a través de ellas es posible integrar exitosamente las funciones de prevención general y prevención especial positiva, encontrar el equilibrio entre lo favorable al condenado y lo favorable a la sociedad, y alcanzar la restauración de la paz jurídica. Dicho de otro modo, se trata de un sistema de penas justo, humanitario y útil a la sociedad. También ha demostrado ser mucho más eficiente en conseguir la reintegración social de las personas condenadas y significativamente menos costoso para el Estado, al integrar las redes comunitarias en la tarea resocializadora. Se trata, en suma, de un sistema de penas que se hace cargo de la realidad social, de sus necesidades y carencias, y que está dirigida a la organización de una sociedad compatible con la

⁴⁵Texto disponible en <http://sil.congreso.cl/docs/1/proy/6214.doc>

dignidad del hombre y orientada por las normas internacionales y constitucionales que consagran los Derechos Humanos.

Los tratados internacionales suscritos por nuestro país, los fundamentos éticos y político criminales que sustentan este Sistema, contenidos en los dos últimos Programas de Gobierno de la Concertación, los buenos resultados obtenidos en cuanto a reintegración social, satisfacción de los usuarios y bajas tasas de reincidencia, y sus bajos costos operativos, justifican plenamente que el Estado adopte una actitud decidida en la tarea de legislar a favor de la ampliación del catálogo de MAR e invertir los recursos necesarios para ampliar su cobertura y mejorar su capacidad de ejecución.

BIBLIOGRAFÍA

- (1) Baratta, Alessandro. *"Criminología y Sistema Penal: Compilación in Memoriam"*. Edit. B de F. Buenos Aires (2004).
- (2) Bergalli, Roberto. *"Cárcel y Derechos Humanos"*. En Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Julio 1993. Año 5, N° 7. Disponible en www.cienciaspenales.org/REVISTA y en www.ub.es/penal/
- (3) García-Pablos de Molina, Antonio. *"Tratado de Criminología"*. Editorial Tirant lo Blanc (2003).
- (4) Garrido, Vicente y Redondo, Santiago. *"Manual de Criminología Aplicada"*. Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza (1997).
- (5) Kaufman, Hilde. *"Ejecución Penal y Terapia Social"*. Editorial Depalma. Buenos Aires (1979).
- (6) Mapelli Caffarena, Borja. *"Ejecución y Proceso Penal"*. En: *Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos*. Editorial El Puerto (1997).
- (7) Muñoz Conde, Francisco. *"Derecho Penal y Control Social"*. Editorial Fundación Universitaria de Jerez (1984).
- (8) Pérez Manzano, Mercedes. *"Aportaciones de la prevención General Positiva a la Resolución de las Antinomias de los Fines de la Pena"*. En Silva Sánchez, Jesús María. *"Política Criminal y nuevo Derecho Penal, libro homenaje a Claus Roxin"*. Editor José María Bosch. Barcelona, 1997.
- (9) Roxin, Claus. *"Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito"*. Traducción de la segunda edición alemana. Editorial Civitas. Madrid (1999).
- (10) Roxin, Claus. *"Política Criminal y Sistema del derecho Penal"*. 2ª edición, 1ª reimpresión. Editorial Hammurabi. Buenos Aires (2002).

- (11) Silva Sánchez, Jesús María. *"Perspectivas sobre la Política Criminal moderna"*. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires (1998).
- (12) Zaffaroni, E. *"Derechos Humanos y sistemas Penales en América Latina"*. En Criminología Crítica y Control Social N° 1 *El Poder Punitivo del Estado*. Editorial Juris. Rosario (2000).
- (13) Zúñiga Rodríguez, Laura. *"Política Criminal"*. Editorial Constitución y Leyes Colex. Madrid (2001)

TRÁMITE CONSTITUCIONAL DE DEROGACIÓN DE LA PENA DE
MUERTE

Indicaciones presidenciales.

Manifiesta al respecto:

I. Nuestro sistema de penas.

La respuesta a la criminalidad debe cumplir distintos fines. Uno de estos fines de mayor importancia corresponde a la aplicación de una sanción que sea proporcional a la gravedad del delito. Sólo si esta proporcionalidad se encuentra en la ley y, a su vez, se logra imponer efectivamente en cada caso concreto, se produce realmente el efecto intimidatorio que persigue el legislador y que incide en la prevención de estos delitos.

En nuestro país, contamos con un sistema de penas que no permite asegurar esta adecuada proporcionalidad y la necesaria gravedad de la sanción aplicable a los ilícitos más graves. En el hecho, los delitos de mayor reproche reciben mayoritariamente una sanción de presidio perpetuo atenuado, y su modalidad de ejecución se traduce en la práctica en el cumplimiento de un mínimo de veinte años de prisión.

Agrega que ello ocurre porque el sistema previsto para el acceso al régimen de libertades condicionales en caso de condenas privativas de libertad de carácter perpetuo establece un techo muy bajo de cumplimiento para los delitos que merecen mayor reproche, transformando la sanción en una condena, a la larga, ineficiente.

El defecto entonces, no deriva de la naturaleza de la pena, sino de las características de su ejecución, que han permitido que la aplicación de la libertad condicional en la forma antes señalada se transforme en la regla general, aplicable incluso a los ilícitos de mayor gravedad, desnaturalizando, en definitiva, el concepto real del presidio perpetuo.

II. El acceso a la libertad condicional.

Agrega que el Ejecutivo estima fundadamente que los mayores efectos intimidatorios que podemos esperar de un verdadero y efectivo régimen de presidio perpetuo, sólo puede ser alcanzado si se considera la posibilidad de acceso a la libertad condicional en casos efectivamente excepcionales, luego de un exhaustivo análisis de todos y cada uno de los antecedentes que permitan acreditar fehacientemente que el condenado se encuentra en condiciones de reinserción en la sociedad. Dicha labor debe ser efectuada por el más alto tribunal de nuestro país.

Asimismo la magnitud y gravedad de hechos, como la violación con homicidio, el robo con homicidio o el secuestro calificado, no permiten afirmar que sea procedente, prudente ni proporcional considerar el cumplimiento efectivo solamente de 20 años de encierro para posibilitar el acceso al régimen de libertad condicional.

Dicho límite, por lo demás, no permite dar a la sanción perpetua su verdadero carácter retributivo, ni posibilita el cumplimiento de su función intimidatoria.

III. El presidio perpetuo efectivo y la pena de muerte.

Por ello, sólo mediante el establecimiento de un régimen verdaderamente efectivo de cumplimiento del presidio perpetuo, es posible obtener una respuesta eficiente y proporcional a los delitos de mayor gravedad, regulando adicionalmente un régimen de acceso a la libertad condicional verdaderamente excepcional. Así se transformará a la pena perpetua en una condena real.

Esta condena será la que en mejor forma permitirá dar señales claras y permanentes de la efectividad de la aplicación de penas por parte del Estado, pues su naturaleza propia habilita a la sociedad a la verificación constante de su cumplimiento, objetivo que no puede ser alcanzado por otro tipo de sanciones.

En este contexto, la existencia de la pena capital no constituye una alternativa que efectivamente proporcione mejores niveles de amparo en la prevención y represión de las conductas delictivas de mayor gravedad en la sociedad. Las certeras críticas que se han expuesto respecto de su existencia y el marco de garantías extremo que ampara su imposición, para limitar la eventual concurrencia de su aplicación fundada en un error judicial, no hacen más que reforzar los escasos efectos intimidatorios que ella pudiere detentar. Ello la convierte en una condena ineficaz y de escasa utilización.

1. Escasa utilización.

En efecto, en más de cien años de vigencia, sólo se ha procedido a imponer esta sanción en 58 ocasiones, habiendo sido además derogada de un gran número de delitos que la contemplaban, sin que ello haya representado un aumento en su ocurrencia práctica, en el corto, mediano y en el largo plazo. Asimismo, hemos visto cómo la existencia de la pena de muerte a partir del año 1979 para delitos como la violación con homicidio, no han logrado siquiera disminuir su ocurrencia en la práctica en las últimas dos décadas.

2. Efecto paradójico.

Es la animosidad vindicativa que descansa detrás de la sensación de impotencia, que deriva de hechos violentos de la máxima consideración, la que genera el deseo de su aplicación, animosidad que normalmente gira en favor del condenado una vez que ésta es ejecutada. La justificada sensación de humanidad que despierta su imposición, hace que ésta pierda por completo su eficacia, siendo prácticamente olvidada la condena al poco tiempo de impuesta, y dejando como herencia la duda de su legitimidad.

3. Posible error.

A ello se debe agregar los defectos de certeza que pesan sobre dicha condena, derivados fundamentalmente de los efectos propios del error judicial, que, en este caso, detentan carácter irreversible.

Si el sistema judicial posee una probabilidad siquiera mediana de fallas en su decisión, entonces la pena de muerte estará siempre acompañada de la duda y de la

incertidumbre. Ello es especialmente agudo, cuando acompaña a una decisión tan grave e irreversible como la de privar de la vida a un ser humano.

En este sentido, se ha visto en la actualidad el gran número de casos derivados de la experiencia norteamericana detectados y publicitados en diversos medios de prensa, en los que se acreditó la inocencia o, en su caso, la falta de antecedentes probatorios suficientes para dictaminar condenas de culpabilidad respecto de personas ejecutadas en base a la aplicación de la condena capital. En dichos casos, fue precisamente el impulso vindicativo que pesaba sobre el sentimiento colectivo, el que llevó a la premura en la sanción, incrementando así las dudas de legitimidad que pesan sobre esta sanción.

Por todo lo expuesto, el Ejecutivo se ha propuesto la incorporación de un régimen de cumplimiento del presidio perpetuo que proporcione una sanción efectiva para la ejecución de actos delictivos de la mayor gravedad, gran parte de los cuales fundan su existencia en la protección de la vida. Ello no olvida que, paralelamente, nuestro ordenamiento considera la existencia de la pena de muerte, lo que indiscutiblemente relativiza en igual o mayor medida el respeto por este valor fundamental.

Añade que, como Gobierno, se asume el compromiso de respetar la vida, lo que naturalmente implica realizar todos aquellos cambios que permitan materializar este objetivo.

IV. Alternativa a la pena de muerte

No hemos olvidado el rol que ocupa esta institución en tanto máxima sanción de nuestro sistema penal. Lo anterior conlleva asumir su supresión en el contexto y características que actualmente detenta la administración de justicia criminal. Ello deriva necesariamente del reforzamiento del régimen sancionatorio vigente en materia de presidio perpetuo, conciliando así esta función y obligación del Estado, con la protección irrestricta de la vida.

Al Ejecutivo le parece, asimismo, que estos objetivos aparentemente contrapuestos, son compartidos por la gran mayoría de nuestra población. En efecto, por una parte, los ciudadanos, en su conjunto, parecen estar firmemente convencidos de la necesidad que el Estado enfrente la ejecución de actos criminales de una manera firme y vigorosa, encontrándose generalizada la convicción que una respuesta penal débil, poco probable o efectiva, parece tender a alentar la comisión de delitos.

Asimismo, y seguramente como resultado de una larga experiencia colectiva, los chilenos comparten una profunda convicción en orden a promocionar la defensa de la vida como valor fundamental y prioritario dentro de la sociedad, opción que no admite posturas relativas. Los Gobiernos de la Concertación han sido firmes y claros, planteando en todo momento y bajo cualquier circunstancia, la defensa irrestricta de la vida como valor humano, cualquiera sea el ámbito en que ella se exprese y cualquiera sea el motivo que pretenda justificar su supresión.

Ello se expresa incluso en iniciativas de reforma legal que actualmente se encuentran ingresadas a tramitación al Honorable Congreso Nacional y que abordan cada uno de los aspectos que hemos destacado. Así, mientras la Cámara conoce de una moción presentada por Diputados demócrata cristianos tendientes a reforzar el cumplimiento del presidio perpetuo, el Senado se encuentra tramitando la moción a la que se formula esta indicación, la que busca abolir de nuestra legislación la consideración de la pena capital.

De esta forma, y junto con la derogación de la pena de muerte, se propone el establecimiento de un sistema de cumplimiento del presidio perpetuo, que lo hace realmente efectivo como sanción penal, aplicable a los hechos criminales de máxima consideración y disvalor presentes en la legislación penal.

V. Fundamentos de la supresión

En base a éste, se considera la aplicación del encierro de por vida, como la pena máxima que impone el Estado. Para quienes reciban esta condena, se permite el acceso a un sistema de libertad condicional por excepción y sólo en aquellos casos en que se haya demostrado efectivamente idoneidad para la reintegración en sociedad, debiendo, por una parte, haber satisfecho al menos 40 años de presidio efectivo que permitan acreditarlo y, por la otra, aplicable sólo una vez que el máximo tribunal de nuestro país, reunido en sesión plena, lo haya considerado procedente mediante el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Será entonces resorte de nuestro máximo tribunal, evaluar la conveniencia o inconveniencia de la reincorporación en sociedad de quien ha delinquido en las formas más reprochables que considera nuestra legislación.

Con ello, se reemplaza la consideración de la pena de muerte por el cumplimiento real y efectivo de la pena de encierro perpetuo, adoptándose todos los medios de resguardo para asegurar a la sociedad que no se va a reincorporar a la convivencia quien no se encuentre realmente habilitado para ello.

En este sentido no debemos olvidar que los efectos preventivos que podemos esperar de la pena criminal no pueden ser evaluados en forma aislada. Así, es un hecho demostrado que no se evitan los hechos delictivos mediante el aumento irracional de la respuesta penal.

En ello, hay que recordar que la conducta criminal, es resultado de múltiples variables. Es probable que la propensión a delinquir sea resultado no sólo del costo que el sistema penal imponga al acto delictual, sino también de las oportunidades que el conjunto de la sociedad chilena sea capaz de ofrecer a los ciudadanos, a los hombres y las mujeres que la integran. Es verdad que una pena baja o poco probable o ineficiente en su aplicación, disminuye el costo de delinquir y acrecienta la propensión a cometer delito. Sin embargo, es verdad también que la propensión a delinquir será menor si la sociedad ofrece oportunidades crecientes a sus miembros, de manera de hacer poco atractivo el camino de transgredir la ley.

Esas sencillas verdades indican que el camino efectivo no radica en el incremento de las penas o en el exclusivo aumento de la probabilidad de su aplicación -aspecto éste último en que la reforma procesal penal en marcha incidirá decisivamente- sino también en acrecentar las oportunidades que nuestra sociedad es capaz de brindar a sus hombres y mujeres.

La respuesta a la delincuencia -incluso la criminalidad grave- debe consistir, por eso, en un conjunto de acciones que van más allá de la mera rigurosidad de la pena, la cual, de otro lado, y conforme a compromisos contraídos por el Estado de Chile ante la comunidad internacional, debe poseer fines de readaptación y de reinserción social. Una pena y un sistema penal que carezca en absoluto de esos fines no sólo carece de legitimidad, sino que además es lesiva para el bienestar social, al incrementar los niveles de tolerancia frente a hechos de marcada violencia, cualquiera sea el origen de su ejecución.

La pena de muerte es difícilmente conciliable con esos principios de política criminal, además de haber demostrado en el mundo y en nuestra propia realidad nacional, su escaso potencial intimidatorio como ya hemos señalado. Es por ello que su consideración en el conjunto del ordenamiento no constituye una herramienta efectiva de prevención o represión de la delincuencia.

Por otro lado, está consciente que su naturaleza, además, desprovee al delincuente de cualquier posibilidad de readaptación, debido a lo cual carece de una de las funciones que legitiman a la pena estatal.

Por ello, no parece haber duda que no erramos si suprimimos la pena de muerte, decisión que permitirá dar una vigorosa señal del espíritu que anima a la sociedad chilena, alcanzar fines de bienestar social, como el castigo severo al crimen, sin desmedrar el respeto a principios que creemos son insalvables y fundamentales.

En todo caso, no sería prudente ni conveniente, realizar esta supresión sin establecer una alternativa que sea aun más eficaz para la represión de los delitos más graves. Una decisión como esa, equivaldría, simplemente, a debilitar la respuesta estatal y debilitaría el componente simbólico que esa respuesta ha de poseer, y estamos seguros que la alternativa que proponemos dista en gran distancia con esa posición.

Mantener la severidad de la pena y, al mismo tiempo, suprimir la pena de muerte, sólo es posible si se agrava el presidio perpetuo a extremo tal que el condenado cumpla una pena de por vida, estableciéndose como regla general que el delincuente cumpla el presidio perpetuo efectivo, quedando sólo como excepción la posibilidad que luego de 40 años de prisión sea el máximo tribunal de nuestro país, reunido en sesión plena, quien analice lo antecedentes y determine efectivamente si éste se encuentra en condiciones de reinserirse en el medio social.

VI. Legislación vigente en materia de pena de muerte y acceso a la libertad condicional en caso de condenados a presidio perpetuo.

Hoy en día, nuestra legislación considera a la pena de muerte como una alternativa de sanción en 30 delitos de extrema gravedad.

Por su parte, el presidio perpetuo tiene un régimen de acceso a la libertad condicional, que exige al menos 20 años de cumplimiento efectivo de la condena, sometiéndose la decisión de su concesión al procedimiento general establecido en el Decreto Ley N° 321 del año 1925, que versa sobre la materia. En síntesis, existen dos instancias administrativas y una política que revisan cada solicitud.

VII. Contenido de la indicación

En lo particular, la indicación consagra un presidio perpetuo efectivo. Esta sanción se eleva como la sanción más alta que contempla nuestro ordenamiento, aplicable por sobre el régimen actual que regula el presidio perpetuo tradicional, en reemplazo de los casos en que la actual regulación considera procedente la aplicación de la pena de muerte.

Para ello, se crea un régimen reforzado de presidio perpetuo, en el cual se restringe el acceso al régimen de libertad condicional, exigiéndose el cumplimiento efectivo de al menos 40 años de privación de libertad.

Además, se radica la decisión del otorgamiento o revocación de la libertad condicional en dichos casos, en la mayoría de los miembros en ejercicio del tribunal pleno de la Corte Suprema, todo ello manteniendo la vigencia de las instancias preliminares de calificación que contempla el reglamento respectivo (Tribunal de Conducta y Comisión de Libertad Condicional). Será entonces, en definitiva, el máximo tribunal, quien concederá o rechazará la medida.

En caso de negativa, se establece adicionalmente que no podrá solicitarse la revisión del caso ante la Corte Suprema sólo después de transcurridos dos años desde dicha resolución, dando así seriedad al procedimiento judicial que se incorpora.

Todo ello, hace necesario modificar el Código Penal, el Código de Justicia Militar, el Código Orgánico de Tribunales, el Código de Procedimiento Penal y el Decreto Ley N° 321, que regula el acceso al régimen de libertades condicionales, todo lo cual irá acompañado de una modificación al reglamento que materializa la aplicación de este último cuerpo legal.

Concluye señalando que en su conjunto, esta iniciativa contiene una respuesta rigurosa y severa frente al crimen. Al retroceder frente al valor esencial de la vida humana, no lo hace como muestra de debilidad, sino como testimonio permanente de los principios que deben animar nuestra convivencia y orientar al conjunto de nuestras instituciones.

Considera, asimismo, que los fundamentos expuestos en la moción del Senador Hamilton a la que se formula la indicación resultan plenamente coincidentes con los objetivos antes reseñados, constituyendo, en síntesis, una alternativa que la complementa en base a consideraciones del todo coincidentes.

DISCUSIÓN GENERAL

I.- Exposición del señor Ministro de Justicia.

El señor Ministro de Justicia manifestó que el Ejecutivo ha optado por iniciar la discusión de este proyecto de ley patrocinando e incorporando una indicación en la moción del Senador señor Hamilton, por considerar que esta moción cumple con los objetivos que el Ejecutivo ha querido plantearse al llevar adelante una modificación de esta naturaleza.

Reconoció de que es un tema complejo, difícil, que cruza mucha información, muchos problemas y suscita muchas sensaciones desde el punto de vista de la decisión de discutir hoy día si la vida de una persona debe estar sujeta o no a la aplicación de una sentencia de esa naturaleza. Sin perjuicio de eso, hay una decisión del Presidente de la República en función de lo que él señaló durante el periodo en que fue candidato a la Presidencia -y lo mismo propuso el candidato señor Joaquín Lavín en sus exposiciones públicas y también lo señaló en su programa, diciendo que era posible eliminar la pena de muerte, siempre y cuando se estableciera un presidio perpetuo efectivo y real-, en el sentido que él no era partidario de la pena de muerte y que presentaría un proyecto de ley con el cual pretendería modificar esta situación, pero estableciendo en su reemplazo un presidio perpetuo efectivo.

Sostuvo que el Presidente de la República, a pesar de la dificultad que significa discutir el tema en esta oportunidad, por las connotaciones que tiene la pena de muerte y también por la existencia de varios casos en el último tiempo de homicidios con violación de menores y la percepción que hay en la opinión pública -sondeos de opinión permiten estimar que hay un alto porcentaje que se pronuncia a favor de la pena de muerte-, considera que es importante iniciar esta discusión dentro de un debate abierto,

amplio y completo, porque este tema nos ha cruzado durante mucho tiempo y se ha discutido en otras oportunidades en este mismo Congreso

Manifestó que un punto central de la propuesta del Ejecutivo es establecer un criterio distinto a lo que se ha planteado con anterioridad no se está simplemente eliminando la pena de muerte para que se aplique el presidio perpetuo que hoy día existe, sino que se establece una sanción bastante distinta y rigurosa respecto de los delitos que están mencionados en la modificación planteada

Eso no significa que, como elemento central de la propuesta, no estén los principios, toda vez que es indispensable discutirla también desde ese punto de vista, de lo que significa que el Estado asuma la posibilidad de dar muerte a una persona, sea a través de una sentencia, sea a través de cualquiera actividad que sea legítima dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Es un elemento necesario para poner en el tapete de la discusión en una Comisión como ésta, en la cual se discuten las cosas desde el punto de vista de una altura política y jurídica. En esa perspectiva, tanto la indicación del Ejecutivo como la moción del Senador señor Hamilton, en términos generales, estiman que mantener la pena de muerte en nuestro ordenamiento jurídico atenta contra un principio fundamental de una sociedad sana, que es el principio de la vida humana. Es necesario aplicar penas rigurosas, lo que se dice claramente en el Mensaje. No se está pensando en dar señales de debilidad frente a la delincuencia y ser más benevolente o favorable con el que no aprecia la vida, ya que el delincuente que comete un delito grave merece una pena rigurosa, pero el Estado no puede mantener la facultad de quitar la vida a otra persona para demostrar que matar es malo, porque ello tiene un efecto nocivo desde el punto de vista de la sociedad

Señaló que es indispensable que la aplicación de la pena tenga también un efecto intimidatorio hacia la delincuencia y también un efecto respecto de la comunidad, en el sentido de que el Estado está preocupado que estos delincuentes cumplan la condena que merecen por haber cometido ese delito, pero no a través de la muerte, por una razón también fundamental: en nuestro país la aplicación de la pena de muerte ha sido bastante escasa, en 110 años o un poco más de historia republicana, sólo se ha aplicado en 58 casos. En cada oportunidad se produce inicialmente una sensación de retribución o venganza que la sociedad espera aplicar al delincuente por el delito cometido, y puede verse en los medios de comunicación como se manifiestan las posturas que son proclives a la pena de muerte y a la aplicación grave. Sin embargo, cuando se ejecuta ésta, viene todo un cuestionamiento posterior: ¿el Estado tenía esta facultad?, ¿era conveniente o no matar?, ¿existe o no el error judicial? Este último es otro elemento que tenemos que revisar, porque en un sistema como el nuestro -con la reforma procesal penal probablemente va a ser distinto, por la manera en que se va a constituir la discusión en el proceso-, con el procedimiento que hoy en día tenemos existen altas posibilidades de cometer errores, y en esa perspectiva, la posibilidad de cometer ese error, la posibilidad de matar en definitiva a un inocente, es un tema que tiene que estar en discusión.

En todas esas ocasiones en que se aplicó la pena de muerte, como decía, se ha cuestionado si existe o no la facultad moral del Estado de matar a un ciudadano, si es posible mostrar que matar es malo a través de quitarle la vida a una persona y, con posterioridad, lo que se va produciendo es que este individuo que fue ejecutado se transforma en una víctima del Estado. Eso ha ocurrido con algunas de las personas que han sido fusiladas en definitiva se han transformado en "ánimas", a quienes la gente va a pedirle que le resuelvan sus problemas, es decir, el efecto posterior de la pena de muerte aplicada no es un efecto intimidatorio, más es un efecto que produce para la sociedad la sensación definitiva del castigo

Explicó el señor Ministro que lo que propone la indicación es establecer un presidio perpetuo efectivo. Se critica que son solamente 40 años, pero, en definitiva, después de ese período es el órgano jurisdiccional quien decidirá si el sujeto que ha estado privado de libertad ha iniciado un camino de rehabilitación y de resocialización, que puede emprenderse de distintas maneras. Puede ser que esa persona reconozca el error cometido, que durante estos 40 años trabaje y quiera reparar efectivamente el mal causado que hizo preocupándose de la familia, de los hijos de la víctima o que, de otra forma, durante un período muy largo de tiempo, realmente demuestre su reconocimiento de que produjo un daño y que lo está reparando

La propuesta conlleva también otros puntos centrales, como el de permitir el control social. Hoy día la gente tiene la sensación de que los delincuentes que son condenados a las penas

privativas de libertad altas salen fácilmente de los recintos penales, y eso no es efectivo. Sin embargo, para evitar esa idea errónea, cuya información se pierde en el contexto de los 104 penales que existen en el país, se establecerá un recinto penal especial, en el cual va a existir el control social que es indispensable para que la sociedad esté tranquila respecto de quien se le aplica esta condena y se establecerá allí también un sistema de trabajo que permita que el condenado se rehabilite y se resocialice

Agregó que este proyecto es importante también porque ayuda efectivamente a resolver un problema de insatisfacción respecto a cómo se aplican las penas en Chile. La pena de muerte en los últimos 20 años no ha sido aplicada por distintas circunstancias, primero, porque para que los tribunales la apliquen deben reunirse una serie de condiciones, y segundo, porque los dos anteriores Presidentes de la República, por razones de principios como lo señalaron, aplicaron el indulto respecto de las personas que habían sido condenadas y que fueron cinco en ese período. Por lo tanto, la pena de muerte en la práctica no se ha aplicado. El actual Presidente de la República ha señalado que él va a revisar cada caso, pero no se ha pronunciado respecto de cual va a ser el resultado final, de modo que no hay ninguna decisión respecto de si se va a aplicar o no el indulto

Indicó el señor Ministro que en este momento hay 69 o 70 condenados a presidio perpetuo, que han cometido crímenes tan atroces como los que ha conocido la opinión pública respecto de los condenados a muerte. Esas personas tienen la posibilidad de ser liberadas a los 20 años de condena, y de solicitar cada 6 meses que sea revisado su caso y llevado a un tribunal de conducta, y ese tribunal de conducta determina si la persona puede salir o no salir en libertad. Si el proyecto hubiera estado vigente hoy día, no cabe duda que esas personas habrían sido condenadas a 40 años de presidio perpetuo efectivo y sería la Corte Suprema quien debería determinar si fueron o no posibles de resocializar al cabo de los 40 años, pudiendo ellos renovar la petición sólo después de 2 años.

Continuó expresando que esta pena perpetua efectiva se aplicaría a los cinco delitos que tienen hoy día pena de muerte en el Código Penal, que son los más graves que existen en nuestro Código, y producirá un efecto diferente desde el punto de vista del efecto disuasivo que este proyecto debería tener respecto de los delincuentes, y también respecto de la sensación de la gente sobre la impunidad. Porque, así como se señaló que la pena de muerte produce un efecto de aceptación inmediato y posteriormente se discute, esta pena va a producir un efecto permanente: al existir un recinto penal especial, habrá una señal pública permanente de que ahí están cumpliendo condena aquellos que fueron capaces de cometer este tipo de delitos. El conocimiento público de que fueron condenados a 40 años produce una visión distinta, y permite afirmar que la señal pública efectiva en materia de seguridad ciudadana está dada en función de este proyecto y no de la posibilidad hipotética de que se aplique la pena de muerte

Apuntó que todos los análisis que se han hecho en el país que aplica mayor cantidad de penas de muerte, que es Estados Unidos, indican que se siguen cometiendo los mismos delitos, más atroces y en mayor cantidad, con la salvedad de que hoy día hasta los partidarios de la pena de muerte están pensando que la forma de obtener un efecto disuasivo no es con la pena de muerte, sino con el presidio perpetuo efectivo. Un segundo elemento, que no es menor, es que algunos Estados norteamericanos han suspendido la aplicación de la pena de muerte, porque de treinta condenados que existían en Illinois, por ejemplo, quince eran inocentes, ya que quedó demostrado con pruebas de ADN que no tenían ninguna responsabilidad en el crimen. Por lo tanto, esa sociedad está tendiendo a considerar el error judicial y a resolver el problema de que efectivamente esta pena no produce ninguna disuasión respecto del delito

Concluyó señalando que la discusión de la pena de muerte es un tema indispensable desde el punto de vista de los principios, desde el punto de vista de las señales públicas y respecto de la eficacia de la aplicación de la ley y de la pena. La forma de demostrar esa eficacia es que el proyecto sea en definitiva aprobado, a fin de que se aplique, respecto de un homicida que viola a un niño y lo mata, la pena que se está estableciendo, y evitar que siga existiendo la posibilidad que al término de 20 años pueda pedir la libertad

1.) Planteamientos de los señores Senadores

El H. Senador señor Zorita hizo presente a la Comisión que, tanto él como el Senador señor Aburto, han tenido en alguna oportunidad que aplicar la pena de muerte. Afirmó que no le desea a nadie pasar las noches y los días de meditación para poner la firma a algo tan grave, sobre todo porque no es uno el que va a matar, es a otro al que se le impone el "trabajo sucio". Lo que demuestra, a su juicio, que esta es una pena rara, difícil, contraria al ser humano. Se toman todas las precauciones para aminorar el impacto en quienes deben aplicarla: los gendarmes que integran el pelotón de fusilamiento no deben pertenecer al establecimiento penal donde reside el condenado, para que no lo hayan conocido o hayan tenido intimidad con él, se les exige tener un mínimo y un máximo de edad y ciertas condiciones psicológicas y se les da unas vacaciones después, porque nadie mata a otro sin tener remordimiento. Al condenado se le pone un disco rojo sobre el corazón para que apunten ahí, hay ocho fusiles, uno de ellos con balas de foguero, los revuelven y los eligen al azar, para que a todos les quede la esperanza de haber tenido la bala a foguero, y puedan pensar "yo no lo maté". Compadezcamos al jefe del pelotón, porque él no tiene un arma descargada y, si el médico le dice que el condenado todavía está vivo, en términos vulgares tiene que "volarle la cabeza" de un pistoletazo.

Subrayó que todo esto crea un escenario del cual se han escrito toneladas de papel, con litros de tinta, atacando o defendiendo, pero la verdad es que si revisamos la historia, cada vez se le ataca más y se la defiende menos. Por eso estima que la moción y la indicación son dignas de aprobación, sin perjuicio de que algunas de sus normas, sobre todo la del presidio perpetuo efectivo, no le convencen totalmente, porque es necesario plantear otro problema: ¿qué hace la sociedad con una especie de animal salvaje al que hemos tenido 40 años encerrado entre cuatro paredes, dándole de comer, haciéndolo dormir, y después, cuando a lo mejor tiene 60 o 70 años, se le dice "ahora es libre"? ¿Libre para qué?

El H. Senador señor Silva coincidió en que la pena de muerte es un problema que da lugar a hondas cavilaciones. No cree que el proyecto sea benigno, y podría decirse en una explicación si se quiere un poco formal, que el fondo o el contenido que tiene es muy profundo -uno puede estar a favor o en contra por razón de principios-, pero la verdad es, y lo que acaba de decir el Senador señor Zurita nos lo demuestra, que la pena de muerte tiene una serie de contingencias en lo fáctico que son profundamente reveladoras de que repugna a la sana razón.

Manifestó que le parece que se trata de una iniciativa esencialmente valórica, de un tema que a la opinión pública le preocupa cuando se produce el hecho y después se olvida, pero que los legisladores tienen el deber de abordar en razón del sentido que valóricamente tiene para el contexto de la sociedad. Desde ese punto de vista, cualquiera que sea la vacilación que se pueda tener sobre esta materia en el terreno de los principios, se inclina a pensar que la iniciativa es muy positiva, es necesario abordarla y se está haciendo con seriedad, porque el conjunto de planteamientos, comprendidos tanto en el proyecto del Senador señor Hamilton como en los complementos que el Ejecutivo le ha hecho, apuntan a perfeccionar la situación actual, y a que no se produzca más la situación que el Senador señor Zurita con tanto realismo exponía.

El H. Senador señor Aburto coincidió con el Senador señor Silva en cuanto a la dificultad que conlleva apreciar el contenido de la iniciativa que apunta a derogar directamente la pena de muerte como pena máxima en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Añadió que el Senador señor Zurita ha hecho una descripción del escenario terrible en el cual debe cumplirse con esta pena máxima. En realidad es así, tal como lo dijo. Por otro lado, también es muy difícil firmar fallos en que se aplica la pena de muerte, como le correspondió hacerlo en el caso de las ancianas que mataron en la Avenida España. Ese fue un crimen horrendo, en que los autores mataron y violaron a una empleada, mataron a las hermanas dueñas de la casa, robaron joyas y pinturas muy valiosas y después incendiaron la casa y sólo se pudo descubrirlos a través de la venta, un año después, de algunas joyas y otras especies que robaron.

Con esta iniciativa se está tratando de sustituir esa pena gravísima por un presidio efectivo, que se ha denominado presidio perpetuo calificado, para asegurar a la sociedad que se va a cumplir en no menos de 40 años de extensión. Ahora bien, mucho se ha dicho en cuanto a la conveniencia de mantener la pena de muerte o de suprimirla, y el posible error judicial es uno de los puntos sobre el cual más

se argumenta, porque es una pena irreversible: todos sabemos que no tiene arreglo una vez que se ejecuta a la persona. A su juicio, en nuestra legislación es muy difícil que se produzca. No conoce ningún caso en que se haya puesto en duda la culpabilidad y la responsabilidad del condenado, porque son muchas las medidas preventivas que toma la ley para evitar que ocurra. En primer lugar, debe haber unanimidad del tribunal, enseguida, no se puede aplicar por presunciones y, por último, se establece que el propio tribunal debe hacer una declaración sobre si el condenado a esta pena es digno de tener indulto o no. Quizás si en los procedimientos judiciales que existen en otros países y que también se van a aplicar en el nuestro, como es el juicio oral, habría más posibilidades de que llegue a producirse algún error judicial dada la naturaleza misma del proceso, la amplitud de la apreciación de las pruebas que tienen los jueces, en fin, diversas circunstancias por las que podría llegarse a un error judicial.

Aseveró que, en cuanto a si la pena de muerte es ejemplarizadora o no, hay muchos casos en que los delitos no disminuyen, pero tratándose de estos delitos gravísimos, como la violación de un niño seguida de muerte, que a veces es horrorosa, se emplea la pena de muerte y eso es ejemplarizador para un hombre.

Manifestó sus dudas acerca de la conveniencia de reemplazar la pena máxima por la de presidio perpetuo efectivo, por un mínimo de 40 años, en circunstancias que a su juicio, podría crearse esta pena sin perjuicio de mantener la pena de muerte, porque en principio no las ve incompatibles, para dejar la posibilidad de aplicar esta última en un momento dado para un delito bestial, respecto del cual toda la sociedad clama para que a ese individuo lo ejecuten, porque no hay posibilidades de aplicarle otra pena menor. En su opinión hay casos y casos. Algunos son muy dramáticos, porque es necesario ponerse en el lugar de las víctimas, en el dolor y el significado que tendrá para ellas, para todo el resto de su vida, el delito tan grave que los ha afectado. Por lo mismo, señaló no estar en condiciones en este momento de decidir la derogación definitiva de la pena de muerte. Hay que hacerse muchas reflexiones sobre esa posibilidad, porque es un problema difícil de resolver en conciencia.

El H. Senador señor Hamilton coincidió en que es un proyecto difícil y complejo, también frente a la opinión pública, porque se refiere a un tema que hay que tratar con mucha delicadeza y con mucha profundidad, pero manifestó que tiene la sensación de que el inicio de este debate, precisamente, coloca las cosas en el sitio en el cual deben estar para el efecto de poder debatir y resolver con acierto sobre la materia.

Indicó que centrará sus observaciones fundamentalmente en los principios básicos que guían su convicción muy profunda, en el sentido que la pena de muerte no es en sí legítima, aceptando que haya posiciones contrarias. A través del tiempo se ha venido siempre discutiendo la legitimidad y la validez de la pena de muerte: ¿es legítimo que en determinadas circunstancias se pueda castigar a un ser humano con la muerte?, y las respuestas han sido diferentes en distintas épocas. Siempre es discutible, aunque en los últimos tiempos se ha ido variando hacia limitaciones de la pena de muerte e, incluso, su abolición.

Observó que el tema podría abordarse de distintas perspectivas, pero que, para tratar de ser lo más sintético posible, lo hará del punto de vista histórico, desde el punto de vista de la perspectiva jurídica, y desde el punto de vista de la moral.

Recordó que, a través de la historia, la pena de muerte ha existido siempre, y en épocas pasadas gozaba de una aceptación ampliamente generalizada. Tal vez puede establecerse que el Nuevo Testamento marca un cambio en esa dirección, porque hasta ese momento regía la ley del talión ("ojo por ojo, diente por diente"). En cambio, en el Nuevo Testamento aparece la expresa intervención de Jesús para salvar la vida de la mujer adúltera próxima a ser condenada a muerte a pedradas de acuerdo con la ley de Moisés, advirtiéndole que el que este libre de culpa lance la primera piedra, y así salvó a la mujer. No obstante esta clara referencia en contra de la pena de muerte y de la forma en que ella se aplicó a los primeros cristianos, la Iglesia, probablemente influida por la cultura de su tiempo, no dio señales claras de rechazo a la pena capital.

Santo Tomás de Aquino, Lutero y Calvino, en épocas distintas, justificaron la pena de muerte, pero también hay varios testimonios contrarios como el de San Agustín, contenido en su ya célebre carta al juez Marcelino en la que sostiene que la pena de muerte "significa atribuirse un derecho de Dios, único señor de la vida", y agrega que "la pena de muerte es una violación de la caridad y una ofensa a Dios, en cuanto anula la dignidad y personalidad humanas. Hay otras penas que, aunque terribles, es lícito imponer, pero no la de muerte hay que respetar la vida humana, sólo Dios tiene derecho a quitarla", y sostiene que "el hombre hizo el pecado, pero al hombre lo hizo Dios. La justicia humana tiene derecho a destruir lo hecho por el hombre, pero no lo hecho por Dios".

Tal vez el mayor cuestionamiento de la pena de muerte, en su época, provenga de Beccaria, en su obra "De los delitos y de las penas", en la que rechaza el derecho de los hombres a atribuirse el matar a sus semejantes, afirmando que ciertamente aquel no deriva de la soberanía ni de las leyes. Y si bien estas posiciones en su momento escandalizaron a espíritus ilustrados e insignes juristas, otros como Carmignani, Pessina, Carrara y Ellero las compartieron, lo que alguna forma logró cierto reconocimiento en la legislación de Toscana, de Austria y de Rusia. Por su parte Suetonio destaca que reconocer como legítimo y legal quitar la vida al prójimo, es tanto como reconocer que se puede torturar, mutilar, violar u oprimir de forma aparentemente más inocentes, para concluir que, si es lícito matar, todo es lícito.

El siglo XIX significó un avance significativo en la marea abolicionista, la cual, con algunos retrocesos, terminó imponiéndose en Rumania, Portugal, Holanda, Italia, Noruega y en la mayoría de los países latinoamericanos. En el siglo que recién pasó el avance cobra aun mayores bríos, porque la pena capital es suprimida en Francia, Gran Bretaña, España y en otros países; en los Estados Unidos se termina en varios Estados y deja de ser un delito federal. Así como ha desaparecido la horca, la guillotina y la silla eléctrica, deseáramos también que en nuestro país acabáramos con el fatídico pelotón de fusilamiento.

Agrego que en las Naciones Unidas el tema ha sido largamente debatido, y nadie a ese nivel se ha pronunciado a favor, aunque representantes de algunos países no han podido respaldar su abolición debido a que los países que representan la contemplan en sus respectivas legislaciones. La Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969 comprometió a todas las naciones signatarias, incluida la nuestra, a no restablecer la pena de muerte cuando hubiera sido abolida y a no extenderla a delitos a los cuales no se aplique actualmente, tratándose de países que aún la conservan para casos de especial gravedad, como ocurre con Chile.

Trajo a colación que, con motivo de la discusión de un proyecto similar del entonces Senador señor Piñera, apuntó que la doctrina actual avanza más aceleradamente que la legislación y empuja a ésta hacia la abolición de la máxima pena. En forma creciente, muchos reconocen la ilicitud de ese castigo, no sólo por razones morales o convicciones religiosas o filosóficas, sino como una consecuencia que emana de la conciencia y la sensibilidad del hombre moderno.

Por ejemplo, con motivo del centenario de la abolición de muerte en Portugal, señaló Soler que, en la dinámica de la praxis jurídica, se han ido consolidando principios tan firmemente irreversibles que forman parte de un proceso largo y penoso, dotado en conjunto de un claro sentido de dignificación de la persona humana. Así, afirma que sería imposible por un legislador de Occidente hoy día imponer una ley que estableciera la esclavitud, aunque a favor de ella pudieran invocarse ilustres opiniones de Aristóteles o Santo Tomás de Aquino, y esa imposibilidad no derivaría de dificultades técnicas o jurídicas, sino del rechazo humano y político que el estado actual de la cultura moral haría nacer en todos.

Sostuvo el señor Senador que, a su juicio, sintetizando las razones que pueden invocarse en el campo del derecho, y aunque suene duro afirmarlo, la pena de muerte puede considerarse inútil, inmoral, innecesaria, pesimista, injusta y anticristiana.

Es inútil porque la pena de muerte aplicada a un delincuente no repara nada ni beneficia a nadie.

Se puede considerar inmoral por cuanto, al aplicarla, la sociedad realiza una especie de venganza y el Estado se rebaja al nivel del ofensor, porque se ahorra todo intento de rehabilitación de seres que a menudo han sido relegados a una abyecta pobreza, y porque en nuestro país ha sido usada como instrumento de represión política. Así lo sostuvo el Presidente Frei Ruiz-Tagle con motivo de la difícil decisión de conmutar una pena de muerte por una de cadena perpetua, al exponer al país que no creía que para defender la vida y castigar al que mata el Estado deba, a su vez, matar. Aquí se ha invocado, y con razón el error judicial. También es inmoral, ya que parte del supuesto, tantas veces desmentido en los hechos a través de la historia, que el error judicial no es posible a través de los procedimientos que llevan a la pena irremediable. Fue el Marqués de Lafayette, siglos atrás, quien llegó a manifestar que solicitaría la abolición de la pena de muerte mientras no se demuestre la infalibilidad de los juicios humanos. El año pasado una revista de circulación nacional publicó una noticia bajo el título "La historia lo absolvió". Allí se narra que, en agosto del año 1962, en el Reino Unido, James Hanratty fue condenado a la pena capital y murió en la horca. Se le acusó de secuestrar una pareja de amantes, matar a balazos al hombre y violar varias veces a la mujer antes de matarla también. Fue el último hombre ejecutado en ese país. El 27 de enero de 1999, el diario "The Independent" publicó una investigación policial que, basada en pruebas de ADN, establecía que el condenado nada tuvo que ver con ese crimen, considerado por años como el caso policial más famoso y paradigmático de la isla. En estos mismos días, el gobernador del Estado de Illinois, en Estados Unidos, George Ryan, republicano y conservador partidario de la pena capital, ha suspendido toda ejecución en su territorio por estimar que el sistema penal a su juicio está "cargado de errores". 13 personas condenadas a ser ejecutadas han sido exoneradas, porque a tres de ellas se les había condenado por delitos que cometieron otros, y eso fue suficiente para el gobernador. Resulta una dramática ironía en estos casos que nuestro ordenamiento jurídico consagre el derecho a ser indemnizado si hubiere error judicial, (artículo 19, Nº 7 letra i) de la Constitución), porque ¿qué indemnización puede invocar el condenado a muerte cuando se ha ejecutado la sentencia?

Añadió el señor Senador que la pena de muerte también es innecesaria, desde el punto de vista que, para evitar la peligrosidad del delincuente, es posible y suficiente recluirla en los términos más rigurosos que la ley pueda determinar. A este efecto, y para desvirtuar el argumento que se esgrime en el sentido de que en nuestro país la cadena perpetua no existe y que de hecho se la burla acudiendo a disposiciones legales y reglamentarias que permiten ponerle término en pocos años, ha propuesto en el proyecto que nos ocupa que la cadena perpetua debe durar a lo menos 30 años efectivos, lo que en la propuesta de la indicación del Gobierno se eleva a 40 años, que le parece una pena extraordinariamente prolongada. La pena capital también resulta innecesaria desde el momento en que la experiencia universal demuestra que carece de todo efecto intimidatorio. Reflexionó sobre lo que pasa por la cabeza de alguno de estos chacales que violan a una niña, la matan, la descuartizan y la entierran para hacerla desaparecer. ¿Acaso ellos están pensando qué abogados van a tener, que tribunal lo va a juzgar, cuál es el juego de ajuenes o agravantes que establecerá la Corte, si existe o no existe la pena de muerte? Si se detuvieran a reflexionar un momento no cometerían esos delitos. Concluyó que el efecto disuasivo no existe, y así se desprende además de innumerables estudios serios que se han hecho sobre el particular.

Por otra parte, puso de relieve que, considerando el tema de la rehabilitación, la pena de muerte es pesimista, porque parte de la teoría, desmentida una y mil veces en los hechos, de que hay seres humanos que no son regenerables, que no se pueden recuperar y que, en consecuencia, debieran ser eliminados como escoria de la humanidad. La rehabilitación es una de las justificaciones que tiene la pena y cualquier hombre condenado debe tener esa posibilidad. La única que niega, en definitiva, es la pena de muerte y en la indicación del Gobierno, que comparte en este punto, no es la autoridad política la que debe decidir si se acepta, después de transcurrido a lo menos 40 años, que el condenado pueda gozar de la libertad condicional, sino que es el más alto tribunal de la República, por la mayoría de sus miembros.

El H. Senador señor Hamilton prosiguió expresando que la pena de muerte resulta también injusta, porque, más que cualquiera otra, no sólo afecta al culpable del delito que se trata, sino que sus efectos alcanzan también a seres inocentes, como el cónyuge, los hijos y los familiares, a través de una estigmatización social que puede alcanzar a varias generaciones, lo que repugna el más elemental sentido de equidad. Es injusta, asimismo, porque muchas veces los delitos atroces castigados con la pena máxima deberían llevar a la sociedad, más que a la amputación de un miembro del cuerpo social, a reconocer los

efectos de la violencia instalada, de la competitividad exacerbada, del consumismo desenfreado y la total carencia de solidaridad humana que han determinado o influido en el medio en que el delincuente ha desarrollado su vida. Está, además, probado en la experiencia universal y aceptado por la doctrina penal, que la instalación de una pena capital no es, como algunos creen, ningún disuasivo de la criminalidad. Desde este punto de vista, señaló que la indicación del Gobierno tiene, respecto de la moción que presentó, tres diferencias fundamentales. Primero, aumenta el presidio perpetuo, que llama presidio perpetuo calificado, a un mínimo de 40 años que no es reemplazable sino que es un presidio efectivo, lo que es discutible, como aquí ya se señalaba. En segundo lugar, este presidio perpetuo calificado sólo se aplicará a los delitos que hoy están sancionados con pena de muerte, lo que, en el fondo, es una sustitución de la pena de muerte, ya que no se aplica a todos los condenados a presidio perpetuo. En tercer lugar, y en esto está de acuerdo, la decisión sobre los beneficios eventuales de la libertad condicional cumplido el plazo que se establezca, sea de 20, 30 o 40 años, no será resuelta por la autoridad política sino que por la autoridad judicial.

Por último, el señor Senador hizo algunas consideraciones desde el punto de vista moral y, particularmente, del punto de vista cristiano. Iniesta consideraba que la pena de muerte no es digna de una sociedad fundada en valores cristianos, toda vez que el hombre, aun el más pecador, es imagen de Dios y redimido por el calvario de Jesús, quien sentenció que "los que a espada matan, a espada morirán". Al analizar el tema a la luz de las tendencias que se dan dentro del cristianismo y, en especial, dentro de la Iglesia Católica, se llega a la conclusión de que hoy decididamente se predica su abolición. El Papa Juan Pablo II, en su encíclica "Evangelium Vitae", del año 1995, ha reconocido que, tanto en la Iglesia como en la sociedad civil hay una tendencia progresiva a pedir una aplicación muy limitada, incluso la abolición total. La autoridad pública, dice, debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen como condición para ser readmitido al ejercicio de la propia libertad. De este modo, la autoridad alcanza también el objetivo de preservar el orden público y la seguridad de las personas, no sin ofrecer al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse. Agrega la encíclica que es evidente que, precisamente para conseguir esa finalidad, la medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo, advierte, gracias a la organización cada vez más adecuada de la instrucción penal, estos casos son ya muy raros, por no decir, prácticamente inexistentes.

Recordó que, cuando se discutió el tema la última vez en la Sala del Senado, hubo muchos que, a favor o en contra de la pena de muerte, se apoyaron en esas declaraciones del Papa, unos en la parte gruesa y otros en lo que pareciera ser una excepción. A su juicio, el Papa mismo se ha encargado de aclarar la situación en su visita a San Luis, en los Estados Unidos, cuando imploró al Gobernador del Estado, partidario de la pena de muerte, que cambiara la pena de un condenado a ella por un delito particularmente grave, y logró su objetivo. Pero, aún más recientemente, el Papa ha hecho público su reiterado llamado a suprimir derechamente la pena capital. A propósito del Jubileo del año 2.000 ha abogado por promover en todo el mundo, sin excepciones, formas maduras de respetar la dignidad y la vida de las personas desde la concepción hasta la muerte natural. Lo cito textualmente: "reitero mi llamado a todos aquellos que tienen cargo de autoridad, para que se logre un consenso internacional en cuanto a la abolición de la pena de muerte".

Finalmente, señaló el Senador señor Hamilton que, cada vez que se suspende o se conmuta una ejecución o que un país decide abolir la pena de muerte, se encienden luces por dos días en el Coliseo en Roma, escenario de derramamiento de sangre cristiana en la época del Imperio Romano. Manifiesto su esperanza de que esta iniciativa prospere y que el Coliseo Romano, terreno que irrigó la sangre de los primeros cristianos, se ilumine a raíz de la decisión que en esta materia adopte nuestro país.

El H. Senador señor Chadwick señaló que, sin perjuicio de que este tema ya se ha discutido en distintas oportunidades, lo que se ha dicho es muy complejo y se mostró partidario de escuchar otras opiniones, lo que indicó que para él sería especialmente interesante, porque hoy no tiene una posición concluyente respecto de este tema.

Dio a conocer que, a modo de incorporar algunos elementos en el debate, y para aproximarse al mismo al tema, estima que hay tres órdenes de ideas.

El primero dice relación con la legitimidad de la pena de muerte, que le parece el más sustancial, porque si se piensa que la pena de muerte es ilegítima, obviamente la forma de enfrentar el proyecto es completamente distinta. Creyó evidente que el ser humano no puede disponer de la vida de otro hombre, como tampoco puede disponer de ninguno de los atributos de la personalidad de otra persona. Así como no puede disponer de la vida, tampoco puede disponer de la libertad, porque no le pertenece ni la vida ni la libertad del otro. El punto es que, por la naturaleza social del hombre, se hace necesario que a la autoridad legítimamente establecida se le conceda la atribución de que, en razón del bien común, pueda disponer de los atributos de la personalidad de otro ser humano y, así como puede disponer de la libertad en cuanto el bien común lo exija, legítimamente también, en cuanto sea autoridad, puede disponer de la vida en cuanto las exigencias del bien común así lo requieran. Desde la perspectiva de la fe, Dios es el dueño de la vida y también es el dueño de la libertad. Sin embargo, nadie cuestiona que la autoridad, por exigencia del bien común, pueda privar a otro de la libertad. Las razones para determinar la legitimidad de la pena de muerte, en consecuencia, no están en el orden de la fe, sino en el orden de la moral natural, de la razón natural, de la exigencia del bien común, que permiten a la autoridad, en determinados casos, disponer de la libertad y la vida de algún ciudadano. En su opinión, la pena de muerte es una pena legítima, en cuanto la autoridad legítimamente establecida, por exigencias del bien común, determine que es necesaria, precisamente para la protección de bienes jurídicos que la sociedad estima sustantivos. Así como se ha hecho una excepción a este principio por la legítima defensa en otro orden de materia, en que el ordenamiento jurídico permite disponer de la vida de otro incluso a una persona individual, sin ser autoridad, la sociedad también tiene ese derecho para proteger ciertos bienes jurídicos, por lo tanto, concluyó, en una primera aproximación, que la pena de muerte es una pena legítima.

Prosiguió exponiendo el Senador señor Chadwick que una segunda línea de reflexión está en el orden lógico, y consiste en determinar si, siendo legítima, la pena de muerte es o no una pena aconsejable, prudente, necesaria para el bien común, que produce los efectos propios de la pena. En esa perspectiva, la pena tiene básicamente tres finalidades. Se ha discutido si produce o no un efecto intimidatorio. En este sentido, hay estudios contradictorios sobre lo que ha ocurrido en aquellos países en que la pena de muerte se ha mantenido y lo que ha ocurrido en aquellos países en que se ha levantado. También hay un elemento propio de la intimidación que es preciso tener en cuenta, cual es el efecto social de la seguridad de la sociedad, que ya no es el efecto intimidatorio directo sobre la persona que va a cometer el delito para que no lo cometa, sino que es el efecto ejemplificador de protección, de resguardo de la sociedad frente a ese tipo de crímenes. Es un efecto social importante de considerar y que pocas veces se señala el resguardo de la ciudadanía, de la población, frente a la posibilidad de ser víctimas de este tipo de delitos, y lo que el efecto de la pena de muerte produce en la sociología social. La rehabilitación también es un tema complejo, puesto que incluso hay quienes sostienen que el elemento de rehabilitación está dado por la posibilidad de una rehabilitación de tipo espiritual, y dan ejemplos bien notables de ese cambio en personas que van a sufrir la pena de muerte. El tercer elemento de la pena, que por experiencias personales le ha tocado conocer en la región que representa, es la proporcionalidad de las penas cuando nos enfrentamos a delitos tan atroces como los que merecen la pena de muerte, uno se queda con la duda si, en términos de la proporcionalidad frente al hecho delictual, hay otra respuesta social que no sea la pena de muerte. El Senador señor Zurita dijo algo notable, en el sentido de que la pena de muerte, por las providencias que hay que tomar para ejecutarla, demuestra lo poco natural que es aplicarla. Pero, cuando uno está con las víctimas, ve la otra perspectiva de la naturaleza humana, que es que, producido el hecho, la reacción natural, propia, es que le apliquen la pena de muerte al autor, y no es una reacción rústica, ni brutal. Hay una relación delicto-proporcionalidad de la pena que es más compleja en la pena de muerte, y que hace que no sea tan simple decir que es antinatural su aplicación. Está claro que es muy difícil, pero es deber de la autoridad cumplir con su cometido aunque sea extraordinariamente difícil.

Un tercer elemento de juicio —continuó expresando el Senador señor Chadwick—, es el proyecto mismo, porque uno podría llegar a aceptar que, tanto o más de garantía frente a la sociedad, tanto más de efecto regeneratorio, tanto o más de resguardo social, producirá el presidio perpetuo calificado. Un punto que le preocupa particularmente es la forma en que operarán los mecanismos de las atenuantes y agravantes, porque al suprimir la pena de muerte de la escala de penas se reduciría esta escala y por lo tanto, con el juego de atenuantes se podría llegar más fácilmente a una pena inferior.

La sugerencia del H. Senador señor Aburto podría ser quizás una alternativa, en el sentido de incorporar este presidio perpetuo real y efectivo dentro de la escala de penas y mantener la pena de muerte, lo cual nos llevaría a una aplicación extremadamente restringida de la pena de muerte en situaciones ya absolutamente extremas, dejando la posibilidad del presidio perpetuo calificado para toda situación que ofrezca dudas o que requiera mayor clemencia o procedan las atenuantes como normalmente se configuran en los procesos penales. Respecto del error judicial, hay que aceptar que errores pueden haber siempre. Es cierto que la muerte es irreparable, pero cuarenta años de presidio también lo son, de modo que el punto es tomar todas las providencias -y hoy día la técnica moderna cada vez ayuda más en eso-, para tratar de evitarlos.

El H. Senador señor Díez expuso que comparte la idea de legitimidad de la pena de muerte, pero, por otra parte, señaló que, como católico, la personalidad del Papa y su sabiduría han sido siempre una guía. Entiende claramente su deseo, aunque también entiende claramente que no es una orden, de manera que conserva absolutamente su libertad de criterio en esta materia, porque coincide en que, siendo legítima la pena de muerte -cosa que no le suscita ninguna duda-, su aplicación o su existencia es una decisión personal de la autoridad. Manifestó encontrarse en una posición muy curiosa, porque le gusta que exista la pena de muerte pero que no se aplique. Se explicó señalando que no le gusta que la legislación le garantice la vida a individuos que cometen crímenes atroces, de manera que, cuando después de todos los delitos que hemos visto en los últimos veinte años, no hay pena de muerte, quiere decir que ya la cultura de este país rechaza la aplicación de esta pena, pero sin que nuestra legislación le garantice la vida a los delincuentes autores de tales delitos. Puede que la gente a veces reclame porque el Presidente de la República conmute la pena de muerte por presidio perpetuo, pero a cierto nivel cultural nadie está en desacuerdo cuando toma esa decisión. Se pueden producir efectos políticos, pero quien está alejado y puede mirar la situación con absoluta objetividad e imparcialidad, no rechaza el indulto presidencial, aunque está consciente de que es un sacrificio para el Presidente, pero ser autoridad supone una valentía moral para afrontar circunstancias difíciles y esa es una de ellas.

Consideró que no es mala la idea del Ejecutivo de crear un presidio perpetuo calificado, pero, por otra parte, llamó la atención sobre la necesidad de estudiar el Código de Justicia Militar, particularmente para los casos de guerra externa. Evidentemente, todos rechazamos la guerra, pero todavía podemos tener la eventualidad de una guerra, y suprimir la pena de muerte como escala máxima de la penalidad del Código de Justicia Militar para el caso de guerra podría producir el efecto contrario al que se persigue, al dar pie a situaciones de linchamiento antes de ningún juicio, en aquellos casos de traición que al país le pueden costar miles de vidas humanas. Son dos situaciones distintas: una la del Código Penal, y otra la de la guerra. La lógica que debería seguirse quizás sea ver si realmente en el caso de una guerra, que importa en sí misma la muerte, ya que un país que está disparando para matar gente y para evitar que le maten su gente, es legítimo matar al adversario, cómo no va a ser legítimo matar a un traidor que causa la muerte de muchas personas.

Sostuvo el Senador señor Díez que estos problemas hacen dudar, porque una reacción natural es suprimir la pena de muerte, por un razonamiento lógico: si la pena de muerte debe tender al bien común, y la base para el bien común es que el hombre viva, no hay derecho, para luchar por el bien común, a quitarle la vida a una parte de la sociedad que es un hombre, valor absoluto en sí mismo, al cual no se le dará ese bien común. Esa es la tesis primera, esa es la tesis natural de razonamiento. Pero, por otra parte, la sociedad tiene que defenderse, como lo señaló el Senador señor Chadwick.

Por un razonamiento emocional, todos estaríamos dispuestos a suprimir la pena de muerte. Sin embargo, los parlamentarios deben dar cumplimiento a su deber de conciencia, sin perjuicio lo que piense la opinión pública. Confesó que no le preocupa, porque en materias de esta naturaleza uno tiene que registrarse por su recta razón absoluta y afrontar las consecuencias y críticas de sus amigos, o de la opinión pública. Ni siquiera se siente limitado por lo que pueda haber dicho antes, hace tres años, cuando se discutió el tema, porque uno tiene más años, se ha perfeccionado o se ha deteriorado, pero ha cambiado. El hombre no es una piedra, ni es un acto puro, en consecuencia inmutable, y puede cambiar de opinión con respecto a la situación anterior. Por ello, está dispuesto a analizar el tema para tomar la mejor resolución y no simplemente a buscar pretextos para defender una antigua posición.

El señor Ministro de Justicia señaló que una de las razones por las cuales se tomó la decisión de iniciar este debate en el Senado fue la existencia de la moción del Senador señor Hamilton, pero también se evaluó la discusión que se iba a producir, la forma de análisis, en la cual se presentan opiniones, se revisan, y es posible reflexionar, y ésta fue una de las razones fundamentales por las cuales se decidió que era importante discutirlo acá.

A propósito de esta reflexión, recordó una experiencia que le tocó vivir de este tema, en un caso que es público y por eso se atreve a contarlo, y que dice relación con el error judicial. Cuando el anterior Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, estudió el indulto de Cupertino Andaur, le tocó a él revisar ese expediente para informar al Presidente, quien en definitiva tomó la decisión de llevarse el expediente y estuvo cuatro días leyéndolo, a pesar de que es ingeniero y no abogado, para tomar la decisión en conciencia. En los primeros dos tomos había una línea clara y precisa que apuntaba a otra persona como culpable del homicidio, que era un familiar del menor muerto como se publicó en todos los medios de comunicación, el cual estuvo detenido, lo que produjo un impacto muy fuerte en la familia. Cuando uno leía el expediente, no entendía por qué Cupertino Andaur estaba siendo condenado a muerte, pero en la mitad de ese expediente aparece un antecedente crucial, aportado por un preso que está en la Penitenciaría y le dice a su abogado que sabe quien mató al niño, y se inicia toda esta rama distinta de la investigación que lleva hasta Cupertino Andaur, que en definitiva era el culpable. De no haber ocurrido este hecho absolutamente casual, podríamos haber llegado al final del proceso con un condenado que no tenía nada que ver con el delito, que era inocente y que era un familiar de la víctima, lo que lo hacía más atroz. Fue esa casualidad la que llevó al tribunal a resolver en definitiva el caso y condenar a la pena de muerte a Cupertino Andaur, y este es un hecho real.

Reflexionó que es muy complejo adoptar la decisión sobre la vida de una persona, si bien desde el punto de vista legislativo, del punto de vista del Estado, la pena es legítima en cuanto esta en la ley y en la Constitución, pero lo que es importante en esa perspectiva es que en la actualidad la pena inferior a la de presidio perpetuo actual, pero, de aprobarse el proyecto, el juez va a tener la posibilidad de aplicar efectivamente la pena rigurosa de cuarenta años de reclusión, en lugar de la pena de muerte.

El H. Senador señor Hamilton destacó los términos en que la Comisión está tratando el tema, con una disposición abierta a enfocar y descubrir cada uno, acorde con su conciencia, cual es la mejor solución. Aquí no estamos frente a un problema que pueda enfocarse desde un solo punto de vista, todos tenemos convicciones, pero no podemos imponérsela a los demás. Las observaciones que se han hecho respecto del proyecto mismo, como el problema de las atenuantes y de las agravantes, el problema de la justicia militar en tiempo de guerra, el problema sobre si el periodo mínimo de cumplimiento efectivo será 30, 35 o 40 años, en fin, no le cabe ninguna duda de que, si estamos dispuestos en definitiva a aprobar el proyecto, se van a resolver. Pero hay una cosa que debe rescatarse, que es la legitimidad o ilegitimidad. Sin hacer juego con las palabras, para algunos el aborto es condenable y es ilegítimo, para otros no es ilegítimo, y ahí hay problemas de salvar la vida de la madre -puede ser una razón de bien común-, sin embargo, se replica que la vida se extiende desde la concepción hasta la muerte. Es legítima la muerte en caso de guerra, por aberrante que sea, es legítima la muerte también en caso de la defensa propia. A su juicio, la posición de Juan Pablo II, que es la única que conoce en este sentido entre los Pontífices de la Iglesia Católica a través del tiempo, está marcada dentro de la concepción de la defensa propia, porque la defensa propia admite salvar su vida en una contradicción vida versus vida. Lo mismo sucede cuando el Papa dice que, ya en la sociedad moderna, no es cierto que la sociedad requiera matar para defenderse. En ese sentido, es ilegítima si se dan las condiciones de que la sociedad pueda defenderse auténticamente, como lo puede hacer con un presidio de 20, 30 o de 40 años inmutable, sin facilidades anteriores. Hasta podría pensarse que, si al condenado le dan a elegir entre la pena de muerte o quedarse 40 años en cualquiera de los presidios en Chile, incluso en los nuevos, a lo mejor, estima preferible la pena de muerte.

El H. Senad

está creado en nuestro país. En el caso, que escuchaba del señor Ministro de Justicia, de Cupertino Andaur, por las informaciones de prensa apareció la duda desde un principio de que pudiera ser un familiar el autor de este tremendo crimen, que luego se determinó, de manera que ahí no había temor de que se llegara al final sin esclarecerse la verdad.

modificaciones legales al Código de Justicia Militar que resulten de la revisión que se le sugiere efectuar de sus disposiciones

JOSÉ LUIS ALLIENDE LEIVA

Secretario

Valparaíso, 12 de septiembre de 2000

RESEÑA

- I. **BOLETÍN N°:** 2 367-07
- II. **MATERIA:** Proyecto de ley que deroga la pena de muerte.
- III. **ORIGEN:** Moción del H. Senador señor Hamilton.
- IV. **TRAMITE CONSTITUCIONAL:** Primer trámite.
- V. **APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS:** No hubo
- VI. **INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 14 de julio de 1999
- VII. **TRÁMITE REGLAMENTARIO:** Primer trámite
- VIII. **URGENCIA:** Simple urgencia.
- IX. **LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:** Códigos Penal, de Justicia Militar, Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Penal, ley N°12 927, sobre Seguridad del Estado y decreto ley N°321, del año 1925, sobre Libertad Condicional
- X. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO PROPUESTO:** El proyecto consta de seis artículos.
- XI. **PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:**
 - a) Reemplazar la pena de muerte en aquellos delitos que la contemplan en la legislación común y en la legislación militar aplicable al tiempo de paz, por la de presidio perpetuo calificado. Esta nueva pena que se crea consiste en que el condenado no podrá solicitar la libertad condicional mientras no hubiere cumplido al menos treinta años de privación de libertad efectiva, ni obtener cualquier beneficio que signifique su salida anticipada del establecimiento carcelario.
 - b) Establecer que será el pleno de la Corte Suprema el que, por mayoría de sus miembros en ejercicio, se pronunciará sobre la petición de libertad condicional del condenado a presidio perpetuo calificado
- XII. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** Los artículos 4° y 6°, N°2, son normas orgánicas constitucionales. Por su parte, los artículos 1°, 2° y 3° deberían aprobarse con quórum calificado si la Sala mantuviera el último criterio adoptado sobre la materia
- XIII. **ACUERDOS:** La Comisión aprobó en general el proyecto de ley por unanimidad (4x0). Por la misma votación, acordó proponer a la Sala que se oficie al Ejecutivo para que se planteen las