

FINALIDAD DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SU INFLUENCIA EN EL MARCO JURÍDICO PENAL IMPERANTE

*Julio César de Jesús Arrias Añez
Cesar Paucar Paucar
Cinthia Cajas Parraga
Gitta Andrade Olvera*



Fondo Editorial



Finalidad de la pena desde la perspectiva histórica filosófica y su influencia en el marco jurídico penal imperante

Editado y distribuido por

© FUNDACIÓN KOINONIA (980-7792)
Santa Ana de Coro, Venezuela. 2021.

Correo electrónico: fundakoinonia@gmail.com

Hecho el Depósito de Ley.

Depósito Legal: FA2021000057

ISBN: 978-980-7792-47-9

<https://doi.org/10.35381/978-980-7792-47-9>

Serie: Legislación Internacional

**Finalidad de la pena desde la perspectiva histórica filosófica y su influencia en
el marco jurídico penal imperante**

Autores: ©Julio César de Jesús Arrias Añez, ©Cesar Paucar Paucar, ©Cinthia Cajas Parraga, © Gitta Andrade Olvera

Todos los libros publicados por la Fundación Koinonía son sometidos previamente a un proceso de evaluación realizado por árbitros calificados.

Este es un libro digital destinado únicamente al uso personal y colectivo en trabajos académicos, de investigación, docencia y difusión del Conocimiento.



Esta obra está bajo una licencia internacional

Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0

Revisión, Ortografía y Redacción

Dra. Maribel Giménez Guariguata

Dra. Suzanne Caty Contreras Reyes

Diseño de portada

Sr. José Vinchenzo Suárez Ianni

Diagramación:

Licdo. Rodolfo Albarrán.

CONSTANCIA DE ARBITRAJE

El Fondo Editorial “Fundación Koinonía” hace constar que este libro fue sometido a un arbitraje de contenido y forma por jurados especialista en el área de conocimiento de este. Además, se realizó una revisión del enfoque, paradigma y método investigativo desde la matriz epistémica asumida por los autores, garantizando así la científicidad de la obra.

Comité – Editorial “Ad – Hoc” del Fondo Editorial

“Fundación Koinonia”



Dr. Jairo Villasmil



Psic. Nicolás Rodríguez. MSc.

FUNDACION
KOINONIA

En la Comunión del Conocimiento
RIF: J-407575716



Dr. Julio Aldana



UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

UNIANDES

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

INFORME DEL EVALUADOR DE LIBROS

Nombre y apellidos del evaluador: Dra Maribel Giménez Guariguata

Grado académico: Ph.D

Institución donde labora: Universidad Bolivariana de Venezuela, Venezuela

Cargo o función que desempeña: Directora de Postgrado

Título del libro: Finalidad de la pena desde la perspectiva histórica filosófica y su influencia en el marco jurídico penal imperante

Criterio	Mal	Regular	Bien	Excelente
1. El tema tratado es de actualidad e importancia para la ciencia específica.				X
2. La extensión del libro es adecuada				X
3. El análisis teórico es actualizado (más del 50% de las referencias son de los últimos cinco años)				X
4. El libro denota un aporte a la disciplina que aborda				X
5. Está bien fundamentada la teoría incluida en el libro				X
6. Se evidencia objetividad en los temas tratados				X
7. Aborda las corrientes principales de la ciencia específica				X
8. Los datos abordados en el libro se encuentran validados por métodos que lo fundamentan.				X
9. La redacción y ortografía son buenas.				X
10. Existe relación entre el título y los aspectos abordados en el libro.				X
11. Los cuadros, tablas y figuras tienen buena calidad.				X

Aspectos a comentar.

Comente en una o varias hojas los siguientes elementos relacionados con el libro.

- a) Actualidad e importancia del libro.

Pertinente para la profundización a nivel científico y académico en el tema desarrollado

- b) Aporte al estudio de la ciencia específica que trata.

La propuesta se considera un aporte significativo en el área de las Ciencias Jurídicas; destacándose en ser un instrumento de obligatoria consulta para docentes y estudiantes

- c) Objetividad de la información presentada

Pertinentes

- d) Actualidad de las citas y referencias bibliográficas.

Acordes y pertinentes

- e) Validez de los datos incluidos en el libro.

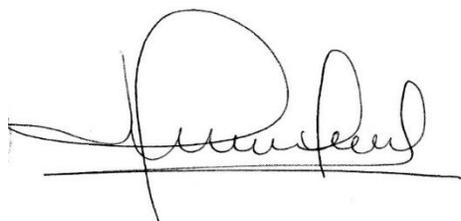
Actualizados y pertinentes

Finalmente marque con una X su criterio general sobre la obra analizada

Publicar de manera directa	X
Publicar con adecuaciones menores (hasta 30 días para solucionar)	
Publicar con adecuaciones mayores (hasta 90 días para solucionar)	
No publicar	

Fecha: 15 de octubre de 2021

Firma:





UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

UNIANDES

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

INFORME DEL EVALUADOR DE LIBROS

Nombre y apellidos del evaluador: Dra Carlina García

Grado académico: Ph.D

Institución donde labora: Universidad Nacional Experimental Francisco de Miranda, Venezuela

Cargo o función que desempeña: Docente investigador

Título del libro: Finalidad de la pena desde la perspectiva histórica filosófica y su influencia en el marco jurídico penal imperante

Criterio	Mal	Regular	Bien	Excelente
12.El tema tratado es de actualidad e importancia para la ciencia específica.				X
13.La extensión del libro es adecuada				X
14.El análisis teórico es actualizado (más del 50% de las referencias son de los últimos cinco años)				X
15.El libro denota un aporte a la disciplina que aborda				X
16.Está bien fundamentada la teoría incluida en el libro				X
17.Se evidencia objetividad en los temas tratados				X
18.Aborda las corrientes principales de la ciencia específica				X
19.Los datos abordados en el libro se encuentran validados por métodos que lo fundamentan.				X
20.La redacción y ortografía son buenas.				X
21.Existe relación entre el título y los aspectos abordados en el libro.				X
22.Los cuadros, tablas y figuras tienen buena calidad.				X

Aspectos a comentar.

Comente en una o varias hojas los siguientes elementos relacionados con el libro.

- a) Actualidad e importancia del libro.

Pertinente para la profundización a nivel científico y académico en el tema desarrollado

- b) Aporte al estudio de la ciencia específica que trata.

La propuesta se considera un aporte significativo en el área de las Ciencias Jurídicas; destacándose en ser un instrumento de obligatoria consulta para docentes y estudiantes

- c) Objetividad de la información presentada

Pertinentes

- d) Actualidad de las citas y referencias bibliográficas.

Acordes y pertinentes

- e) Validez de los datos incluidos en el libro.

La propuesta posee una estructura lingüística coherente y adaptada a la comunidad científica a quien va proyectada. Así mismo el estilo de redacción permite que el contenido sea apreciado con profundidad y accesibilidad.

Finalmente marque con una X su criterio general sobre la obra analizada

Publicar de manera directa	X
Publicar con adecuaciones menores (hasta 30 días para solucionar)	
Publicar con adecuaciones mayores (hasta 90 días para solucionar)	
No publicar	

Fecha: 10 de octubre de 2021

Firma:



**RESOLUCIÓN DEL RECTORADO DE LA
UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES (UNIANDES)**

Considerando

Que, el señor **Julio César de Jesús Arrias Añez**; el señor **Cesar Paucar Paucar**; la señora **Cinthia Cajas Parraga**; y la señora **Gitta Andrade Olvera**, han desempeñado importantes funciones como Profesores en la Universidad Regional Autónoma de Los Andes (UNIANDES).

Que, en el desempeño de sus funciones han demostrado capacidad profesional, eficiencia, y lealtad institucional, constituyéndose en docentes e investigadores que han propiciado el desarrollo y fortalecimiento de la UNIANDES.

Que, en el período de sus ejercicios docentes han demostrado un alto nivel de conocimientos, excelentes métodos pedagógicos y el nexa hacia sus estudiantes, por lo que han sido y son estimados y respetados en el campo académico de nuestra universidad.

Que, la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) prevé que las Instituciones de Educación Superior deben incentivar a sus docentes y docentes investigadores en la generación de obras de carácter científico relevante para el desempeño de sus actividades, y por ende este Rectorado apoya a los distintos docentes y profesionales administrativos para que desarrollen y publiquen obras en el contexto de su gestión.

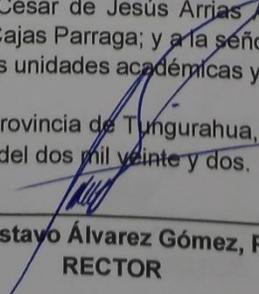
Que, la UNIANDES ha presentado los informes técnicos favorables (avales de pares) para que se impulse el desarrollo investigativo, la elaboración del contenido y la publicación de la obra "**FINALIDAD DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SU INFLUENCIA EN EL MARCO JURÍDICO PENAL IMPERANTE**", la cual puede convertirse en un aporte para la comunidad científica universitaria.

Por tanto, el Rectorado de conformidad al art. 48 de la Ley Orgánica de Educación Superior y en concordancia con el Art. 32 del Estatuto de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes (UNIANDES):

RESUELVE:

- 1) Auspiciar y conceder el aval académico de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes (UNIANDES) en favor de la investigación, desarrollo y publicación de la obra "**FINALIDAD DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SU INFLUENCIA EN EL MARCO JURÍDICO PENAL IMPERANTE**", cuya autoría le corresponde al señor **Julio César de Jesús Arrias Añez**; al señor **Cesar Paucar Paucar**; a la señora **Cinthia Cajas Parraga**; y a la señora **Gitta Andrade Olvera**.
- 2) Comuníquese a las diferentes unidades académicas y administrativas para los fines legales pertinentes.

Dado en la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua, República del Ecuador, a los dos días del mes de septiembre del dos mil veinte y dos.



Dr. Gustavo Álvarez Gómez, PhD
RECTOR

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pp.
PRÓLOGO	1
PRESENTACIÓN	3
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. POSTURA AXIOLÓGICA DE LA PENA	10
CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS DE LA PENA	127
CAPÍTULO III. PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA PENA	147
REFERENCIAS CONSULTADAS	167
SOBRE LOS AUTORES	176

PRÓLOGO

En esta obra se maneja la idea de la pena y su influencia en el marco jurídico penal imperante, la cual está íntimamente relacionada con la idea de Estado, siendo a su vez, que el desarrollo de esta institución está directamente relacionado a la pena.¹ Debe observarse que, en realidad, el castigo variaba de acuerdo con el modo de producción que era adoptado en una determinada época. Según Michel Foucault:

En esta línea, Rusche y Kirchheimer han puesto en relación los diferentes regímenes punitivos con los sistemas de producción de los que toman sus efectos; así en una economía servil los mecanismos punitivos tendrían el cometido de aportar una mano de obra suplementaria, y de constituir una esclavitud “civil” al lado de la que mantienen las guerras o el comercio; con el feudalismo, y en una época en que la moneda y la producción están poco desarrolladas, se asistiría a un brusco aumento de los castigos corporales, por ser el cuerpo en la mayoría de los casos el único bien accesible, y el correccional, el trabajo obligado, la manufactura penal, aparecerían con el desarrollo de la economía mercantil. Pero al exigir el sistema industrial un mercado libre de la mano de obra, la parte del trabajo obligatorio hubo de disminuir en el siglo XIX en los mecanismos de castigo, sustituida por una detención con fines correctivo.²

Hasta el final de la Edad Media, el castigo servía no solamente como una forma de sanción a quien había cometido un crimen. Antes de todo, la pena era vista como una forma de punir a alguien por haber afectado al Estado. Es decir, cualquier crimen, independientemente del bien jurídico violado, representaba una afrenta personal al príncipe, y de esta forma, el criminal debía ser sancionado de forma eficaz. Además, cuánto más público el escarnio y el sufrimiento del condenado, más grande sería el respeto al soberano del pueblo. Al respecto, Foucault:

¹ César Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 13ª Ed. (São Paulo: Saraiva, 2008), 80.

² Michael Foucault, *Vigilar y Castigar – Nacimiento de la prisión*. 1ª Ed. (Buenos Aires: Siglo XXI, 2002), 25.

El castigo no puede, por lo tanto, identificarse ni aun ajustarse a la reparación del daño; debe siempre existir en el castigo una parte, al menos, que es la del príncipe; e incluso cuando se combina ésta con la reparación prevista, constituye el elemento más importante de la liquidación penal del delito. Ahora bien, esta parte del príncipe, en sí misma, no es simple: por un lado, implica la reparación del daño que se ha hecho a su reino, del desorden instaurado, del ejemplo dado, perjuicio considerable y sin común medida con el que se ha cometido respecto de un particular; pero implica también que el rey procura la venganza de una afrenta que ha sido hecha a su persona.³

Así, inicialmente, la pena tenía como fundamento⁴ el castigo del delincuente para que pagase, no solamente por el crimen que había practicado, sino sobre todo, por haber afrentado a la figura real. Es decir, desacatar las leyes significaba enfrentar al rey y este era representante de la ley, del Estado y hasta del mismo Dios. En un Estado Absolutista, dominó la teoría absoluta o de la retribución, para la cual la pena debe ser utilizada solamente para castigar el delincuente.

Pero, actualmente, dado el avance de la criminalidad, los Estados están buscando mecanismos represivos que intentan controlar los altos índices de los crímenes y, así, se está retornando a la idea de que la pena tiene como única finalidad castigar el delincuente que practique delitos.

³ Ibid., 46.

⁴ Rivera Beiras afirma que «Cuando se habla del problema de legitimación de la pena, se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál es el fundamento del castigo penal? En cambio, cuando se alude al tema de las funciones de la pena, la pregunta que surge es: ¿cuál es la finalidad del castigo penal? En torno a la primera de las cuestiones planteadas, existen dos grandes grupos de teorías que han intentado dar respuesta al interrogante relativo al fundamento del castigo penal. Un primer grupo está constituido por las llamadas teorías absolutas de la pena, las cuales conciben a ésta como un fin en sí misma. Un segundo grupo se halla compuesto por las denominadas teorías relativas de la pena, las cuales consideran a ésta solo como “un medio” para la realización del fin utilitario de prevención de futuros delitos». Iñaki Rivera, *La Cuestión Carcelaria*. Tomo I, 2ª Ed. (Buenos Aires: Del Puerto, 2009)

PRESENTACIÓN

Libertad no significa solamente que el individuo tiene tanto la oportunidad como la carga de la elección, también significa que debe soportar las consecuencias de sus acciones.

Libertad y responsabilidad son inseparables.

F. Hayek

El presente libro es inspirado en el marco de las convenciones sociales y sus consecuencias, cobra especial énfasis en materia jurídico penal la Teoría de la Pena, ya que a partir de la determinación de una sanción, el común de las personas parecen confundirla con los fines de lo justo o de lo injusto, por ello es que decimos que la labor de individualización de una pena particular y específica adecuada al índice de reprochabilidad, constituye también la redacción de un discurso que debe resultar igualmente legitimado por la sociedad.

La antigua proposición de que una pena es el mal que se impone al causante de otro mal, de claro corte retribucionista ha quedado superada a partir de los conceptos preventivos especiales y preventivos generales que enmarcan la labores específica de un Poder Judicial independiente, que actúa a través de su órgano específico, cual es el Tribunal de Mérito o de Juicio, entidad en quien converge la delicada tarea de administrar justicia.

El actual énfasis que cobra el estudio de la teoría de la Pena se subsume en la necesidad de combatir los errores que hemos acumulado en los siglos anteriores, respecto al tratamiento del penado y la finalidad misma de la sanción, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos ha presentado, como fueron en su tiempo los sacrificios y bárbaros tormentos practicados con insensible indolencia por los verdugos de turno.

Así decimos que para decretar las penas correspondientes a los delitos, dicha labor corresponde únicamente al legislador, pues representa a toda la sociedad unida por virtud del contrato social, no obstante resultará siempre tarea del magistrado judicial establecer la Teoría de la Pena, así como la proporción de ésta que se corresponde a cada justiciado

Al cierre de esta entrada ya solo quisiera transcribir muy brevemente la idea propugnada por Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, en su difundida obra Tratado de los delitos y las penas: “*¿Queréis evitar los delitos?... Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas...*”.

Se expone la justificación axiológica de la pena, donde se explanan nuevos elementos de debate gracias al análisis de distintas variables y factores que inciden en la problematización del contenido, fundamentación crítica y discurso ius filosófico sobre el fundamento y finalidades de la pena, y se constituyen en componentes ineludibles.

La investigación procura generar un gran impacto socio jurídico, en la medida en que presenta conclusiones que contribuyen a contrarrestar el problema de la pena y el castigo. La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Así, la pena puede ser conceptualizada como la respuesta estatal a alguien que ejecuta una infracción penal. Cabe hacer notar que la idea de pena está íntimamente relacionada

con la idea de Estado, puesto que la evolución de los sistemas políticos y económicos estatales provocó también un cambio en las penas.

Las penas poseen fundamentos, justificados por teorías absolutas y relativas, que demuestran la finalidad que ella tuvo en determinado período. Según la teoría absoluta, también llamada retribucionista, la única finalidad de la pena es castigar al delincuente. Así se justifica la aplicación de penas crueles que servían para infligir al condenado el dolor por haber ejecutado un crimen y, por sobre todo, por afrentar a la figura del rey, que era el representante absoluto del Estado y de la ley.

Mientras las teorías absolutas miran el pasado, las teorías preventivas observan el futuro, puesto que tienen por finalidad la prevención de delitos. Ellas se dividen en teoría preventiva general, que está dirigida a la sociedad, y teoría preventiva especial, que se dirige al delincuente. Al contrario de la teoría absoluta, las teorías preventivas afirman que la finalidad de la pena no es castigar, empero evitar la práctica de delitos, sea infligiendo miedo sobre la población (general negativa) o bien, creando en ella mayor respeto y confianza en el ordenamiento jurídico (general positiva). La prevención también puede ser un medio de evitar.

De ese modo, el investigador desarrolló un proceso investigativo en donde su población de estudio, se basó primordialmente en documentos escritos como leyes, normas, convenios, tesis de grado, investigaciones en revistas arbitradas.

En lo que respecta a las técnicas de interpretación se acudió a la técnica del análisis de contenido de la información recopilada, lo cual permitió formular resultados coherentes con el objetivo planteado en la investigación, generándose así, una discusión sobre el objeto de estudio con el fin de comprenderlo en el ámbito del conocimiento del derecho penal, además de visibilizar aspectos que son resaltantes en la consolidación del fenómeno de la pena como castigo.

El libro se encuentra conformado por tres apartes que permiten estudiar paulatinamente el objeto de estudio desde una vertiente del análisis documental, en este sentido, se presentan:

Un primer aparte denominado postura axiológica de la pena **en** el que se sistematiza elementos de debate gracias al análisis de distintas variables y factores que inciden en la problematización del contenido, fundamentación crítica y discurso ius filosófico sobre el fundamento y finalidades de la pena, y se constituyen en componentes ineludibles.

Un segundo aparte conformado por los Fundamentos de la Pena en donde se plasma la justificación absoluta dentro del sistema penal y un tercer aparte donde se presentan desde la perspectiva crítica de la pena nociones sobre dolor, castigo y pena.

INTRODUCCIÓN

El monopolio estatal de la actividad punitiva obliga a ensayar un discurso legitimador que solo puede construirse a partir de la racionalidad de la pena. La racionalidad de la pena depende de su coherencia con los elementos del sistema penal que le anteceden en su actuación. Por tanto, la función de la pena estatal habrá de sintonizar con la función de la norma de conducta, y sobre todo, con el fin último del derecho penal, a saber, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual.

Un discurso legitimador de la pena que asuma este planteamiento como punto de partida soportará luego ser confrontado con las consecuencias *jurídicas* que genera la aplicación de la pena. Las consecuencias *naturales* de la pena, como la ausencia del condenado del seno familiar o el placer que experimenta la víctima cuando se condena a su agresor⁵, quedan al margen del análisis. En la legitimación de la pena debe discutirse únicamente si, cómo y en qué medida la pena puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad jurídica y en el funcionamiento del propio sistema jurídico.

La libertad jurídica a la que se hace referencia no debe entenderse como la libertad *formal* que se deriva y desprende de las instituciones legales, pues con ello se corre el riesgo de obviar los graves defectos estructurales del poder punitivo que hacen de él un sistema arbitrario y selectivo.

La libertad de actuación que la sanción estatal reivindica es la que se deriva de los valores ético-sociales que guían la convivencia pacífica de las personas, o, dicho en otras palabras, los valores que permiten que todas las personas por igual diseñen su proyecto de vida y desarrollen libremente su personalidad.

⁵ A no ser que se quiera fundamentar la pena en el sentimiento de venganza.

El enfoque descrito asume como premisa que en la legitimación de la pena debe reivindicarse su naturaleza social, esto es, la necesidad de la sociedad de que se imponga una sanción en el caso concreto⁶, y no limitarse el análisis a la relación entre el infractor que la padece y el Estado que la aplica. Así como la libertad jurídicamente garantizada que delimita la norma de conducta no es solo un vínculo entre el destinatario de la norma y el Estado, sino que enlaza a todos los ciudadanos entre sí y con el Estado pues se trata de respetar la libertad de actuación del otro como se pretende que la de uno sea respetada, así también la aplicación de la pena exige que se constate una *necesidad social* como presupuesto adicional a la vulneración de la norma de conducta. De ahí que, por ejemplo, el paso del tiempo atenúe o haga desaparecer la necesidad social de pena (prescripción), o que esta decaiga en casos de bagatela si el infractor repara el daño (principio de oportunidad).

De lo anterior se sigue que la intensidad aflictiva de los distintos tipos de pena debe ser directamente proporcional al reproche ético-social que exprese cada una de ellas⁷. Así lo exige el principio de proporcionalidad. Y por eso no resulta extraño que algunos autores postulen un derecho penal de dos velocidades y reserven la pena de prisión y las garantías propias del derecho penal para las infracciones más graves, y propongan enfrentar las infracciones más leves con penas distintas de la prisión y la flexibilización de los criterios de imputación de responsabilidad penal⁸.

Podría también pensarse en detraer del derecho penal las infracciones leves que no justifican una privación de la libertad y considerarlas como infracciones administrativas.

⁶ Schmidhäuser, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*, 2 Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, pp. 87 y ss. Que la acción penal sea normalmente pública es una muestra de lo que se dice, A tal punto que podría plantearse seriamente si las infracciones cuya acción penal es privada (p.ej., injurias) deben mantenerse como delitos o ser consideradas infracciones civiles para las cuales, dada su escasa gravedad que se representa en la falta de legitimidad de terceros para emplazar al Estado a su juzgamiento, existirían otras medidas, no represivas, más idóneas, como la responsabilidad por daño extracontractual

⁷ No es lo mismo una pena de vigilancia electrónica personal, una prestación de servicios a la comunidad o una inhabilitación, que una pena privativa de libertad

⁸ Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 178 y ss.

Sin embargo, no parece adecuado prescindir de la posibilidad de utilizar penas de distinta naturaleza y gravedad. La diversidad del arsenal punitivo permitirá reacciones idóneas y proporcionales a la naturaleza y gravedad de la infracción, y a las necesidades sociales existentes al momento de la condena. En todo caso, las infracciones que se reprimen con penas leves deben ser sometidas a un permanente análisis que garantice que superan el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal⁹.

⁹ Esto adquiere relevancia si se recuerda que algunas penas distintas de la pena privativa de libertad encuentran su razón de ser en ser alternativas a ella. Sucede así con la pena de prestación de servicios a la comunidad pero ello no logra solapar que no sea seguro que la gravedad de una infracción penal que solo se castiga con prestación de servicios a la comunidad justifique su manutención como delito

POSTURA AXIOLÓGICA DE LA PENA

Sócrates: ¿Y responder con el mal cuando se recibe mal, es justo, como afirma la mayoría, o es injusto? Critón: De ningún modo es justo. Sócrates: Luego no se debe responder con la injusticia ni hacer mal a ningún hombre, cualquiera que sea el daño que se reciba de él... Jamás es bueno ni cometer injusticia ni responder a la injusticia con la injusticia, ni responder haciendo el mal cuando se recibe el mal

(En Ferrajoli, 2001:290)

Se toma como sustento en este apartado la postura del autor Jorge Enrique Zavala Baquerizo (1922-2014) que es, sin duda, el más grande penalista y criminólogo de la historia en Ecuador. Renovador del derecho penal y penitenciario de su época y creador de una relevante obra jurídica en la que el jurista analiza la pena. Su obra ha sido influyente en el pensamiento de juristas ecuatorianos ulteriores desde el liberalismo radical hasta el socialismo del siglo XXI bajo el contexto de la condición del autor de nuestro estudio como penalista, político, académico e histórico, contemporáneo y subsiguiente a él, ya que propone reformas legislativas y una innovación del sistema penitenciario y, además, aporta argumentos aquilatados sobre valores e instrumentos, de carácter ético y jurídico, inevitables para la reinserción social del justiciable. Así, y desde luego, su trascendencia tal vez sólo pueda encontrar comparación en su probado humanismo.

La obra de nuestro autor es un tanto compleja y, por lo tanto, no es tan fácil abordarla por varias razones. El discurso zavaliano sobre su obra *La pena* resulta dialéctico y promueve la defensa del valor libertad. Se puede decir que el profesor ecuatoriano examina a propósito esta consecuencia a fin de advertir al órgano político estatal a través de su voz grave y articulada que no debe existir restricción de la libertad de

ningún justiciable como castigo o pena, sin que exista previamente la declaración de la infracción como delito en la ley penal. Su obra es un tanto compleja por el propio contenido de sus ideas y, especialmente, por su carácter sistemático.

El discurso iusfilosófico de Jorge Enrique se caracteriza por el razonamiento dialéctico. Así, este particular aspecto implica que ningún componente puede ser entendido por sí mismo, de manera separada, sino que cada uno de los componentes que comprende la sistematización logra su distinción con relación a los demás. De manera que, esto admite, en efecto, que no se puede estudiar felizmente solamente una parte de su obra como discurso iusfilosófico, sino que puede entenderse si se estudia toda su obra a la vez.

El abordaje que hacemos a la pena consecuencia jurídica del delito ha sido debida e históricamente estudiada desde diferentes perspectivas, entre ellas, se recalca la *iusfilosófica*¹⁰ en general y particularmente se la estudia desde la argumentación jurídica y política en el itinerario del profesor Zavala Baquerizo, de manera que, requiere adoptar una serie de ilustraciones terminológicas conceptuales y de medidas referentes al contexto general o enciclopédico en el que se encuentran construidas.

El propósito de este capítulo es ofrecer una aproximación significativa a la interpretación iusfilosófica de la idea teorizante del castigo en el itinerario de nuestro

¹⁰ El objeto de estudio de este capítulo es lanzar una mirada a la teoría del castigo o pena en el itinerario jurídico y político de Zavala, que nace precisamente de su acilatada obra científica, debido a su relevante afán de buscar a través de la justicia, la igualdad y la transparencia para determinar una pena, ya que en la actualidad se intenta combatir la idea distributiva de la prevención, de acuerdo con la cual la medida de la pena se puede incrementar en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre eventos y progresos en el futuro. En definitiva, con la pena se honra al delincuente como ser racional, lo que puede parecer sarcástico, sin embargo, se deriva de la idea que el delincuente es susceptible de culpabilidad porque se le reconoce su dignidad, capacidad y competencia (Cfr. Feijoo Sánchez, Bernardo, 2007. Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F., p. 36).

iusfilósofo de las ciencias penal y criminológicas de Ecuador desde la segunda mitad del siglo XX¹¹. Así, para ello, dividimos y subdividimos en los apartados siguientes:

El desarrollo de este aparte medular como queda indicado ha sido centrado, específicamente, en los discursos iusfilosófico y jurídico penal de nuestro autor, entre los que abordamos también, algunas cuestiones relacionadas con las terminologías filosóficas utilizadas por el autor obviamente, emulando a maestros que influyen en él como Kant, Hegel, Beccaria, entre otros, con la finalidad concreta de dilucidar las terminologías cuyos significados resulten un tanto enigmáticas para el lector. Esto de alguna manera incide a su vez en la construcción de la doctrina ecuatoriana.

Una breve introducción histórica. La pena y su rol en la historia de la humanidad

El tema de la pena en la historia ha sido objeto de interés relevante en la tradición de juristas y moralistas. En vivo contraste con este interés, todo parece indicar que, en el presente análisis crítico, el asunto no ha dejado de inquietar, tanto a los que deberían legal, como a los ciudadanos llamados a enfrentarse con el problema de la pena en la práctica. Este hecho resulta alarmante, porque es signo de la violencia privada y estatal, respectivamente, cuya hondura y repercusiones son difíciles de medir. Para estar a la altura del ambicioso epígrafe de este apartado haría falta llevar a cabo un análisis histórico, muy crítico y erudito, de grandes proporciones.

Es preciso, no obstante, sea con peligro de incurrir en simplificaciones y hasta en errores de bulto, debemos admitir que el maestro Jorge Enrique Zavala Baquerizo desde las generalidades encuentra las líneas claves sobre el tema y entre lo más

¹¹ Así, independientemente del derecho positivo, “los filósofos en general y los penalistas en particular han venido atribuyendo a la pena un fundamento y unos fines ideales” (Roldán Barbero, Horacio & Padilla Alba, Herminio Ramón (2018). Manual de derecho penal. Parte general (3ª ed.) Granada, España: Editorial Comares, S.L., p. 189).

significativo destaca el concepto de la “pena-castigo” la antropofagia judicial, la condena de animales y la condena de las cosas.

Antes de la escritura la “pena” tiene un contenido individual y fundamento de venganza. Es decir, “el hombre o grupo, según la naturaleza de la ofensa, actúan en función de venganza personal o comunitaria, en su caso”. En efecto, la pena surge como venganza, característica que hasta hoy en día no ha sido posible disimularla del todo dentro de las legislaciones y, especialmente, dentro de la conciencia de los hombres y mujeres contemporáneos. El hombre o mujer primitivos se vengan de su ofensor o el grupo se venga de otro grupo provocador.

La venganza satisfecha echa sobre el hombre o mujer o sobre el grupo, un manto de tranquilidad honrosa. Es cierto dice Zavala Baquerizo que, el castigar al ofensor es una cuestión de honor y la vida del ofendido, o de sus familiares, o del grupo, no puede regresar a la paz, a la tranquilidad, a la rutina, hasta tanto no se haya satisfecho la venganza. El jefe, el brujo o el sacerdote, tienen la tarea de castigar, sinduda, lo hacen con el mismo criterio vengativo.

Antigüedad oriental

Desde los primeros tiempos de la civilización oriental la penalidad tiene como origen la religión. El llamado “derecho” como explica claramente el profesor Jorge Enrique Zavala Baqueriz el “poder de penar” tiene como su fuente primitiva la divinidad, aunque es administrado por el propio rey, o por los sacerdotes delegados por este. Se advierte que, la responsabilidad es objetiva y así se mantiene en todos los monumentos legislativos de la época. Es decir, la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido por la comisión u omisión del delito.

En primer lugar, el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo se refiere al Código de Hammurabi¹², y sintetiza en mucho lo que ya se había previsto en otras civilizaciones. Así, antes, de Hammurabi reinaba sobre Babilonia, los sumerios que habían desarrollado una gran civilización, tal vez la primera en crear y mantener una cultura original. Aquí, hay que observar detenidamente que, el origen divino que se atribuye a las leyes, sin duda, Hammurabi precede en el mismo a Moisés¹³. En efecto, en el prólogo se manifiesta la solemnidad a través de la cual no se diviniza la monarquía. Como afirma el ilustre profesor Francisco Elías de Tejada, que en “el *Código de Hammurabi* el rey no es un servidor divinizado ni mucho menos un dios vivo, sino simplemente un hombre, el primero, mas no el exclusivo servidor de dios”¹⁴. A través de esta manifestación el emperador, como el faraón¹⁵, no es más que el portavoz de la divinidad y encargado de ejecutar la voluntad divina.

¹² Este código data del año 2250 a.C., y es uno de los más antiguos que la comunidad científica universal conoce. Así pues, este código es redactado por Hammurabi rey de Babilonia. Desde luego, la mejor copia conocida del código de Hammurabi está grabada en una estela de diorita negra, de 2.25 metros de altura, descubierta en la acrópolis de Susa la capital Elamita, situada a unos 250 kilómetros al norte del puerto petrolero de Abadán, en Irán por la Expedición Arqueológica francesa, encabezada por J. de Morgan, durante los meses de diciembre de 1901 y enero de 1902. La autenticidad del texto es incuestionable (Cfr. Drapkin, Israel (1982). Los códigos prehamurábicos. Recuperado de: Dialnet-LosCodigosPrehamurabicos-462 15%20(1). pdf, p. 326. Consulta: 20/05/2022.

¹³ El origen divino del Código de Hammurabi, se justifica en el prólogo que dice: “Cuando Anum, el Altísimo, Rey de los Anunnakus, (y) el divino Enlil, señor de cielos y tierra, que prescribe los destinos del País, otorgan al divino Marduk, primogénito del dios Ea, la categoría de Enlil [soberano] de todo el pueblo, (y) lo magnifican entre los Igigus; cuando impuso a Babilonia su sublime nombre (y) la hacen la más poderosa de los Cuatro Cuadrantes; (cuando) en su seno asegura a Marduk un reino eterno de cimientos tan sólidos como los de cielo y tierra, en aquellos días, Anum y el divino Enlil también a mí, Hammurabi, príncipe devoto (y) respetuoso de los dioses, para que yo mostrase la Equidad al País, para que yo destruyese al malvado y al inicuo, para que el prepotente no oprimiese al débil, para que yo, como el divino Shamash, apareciera sobre los “Cabezas Negras” e iluminara la tierra, para que promoviese el bienestar de la gente, que impuso el nombre (...). Recuperado de: <https://acortar.link/pmFtpk>. Consulta: 20/05/2022

¹⁴ Elías de Tejada, Francisco (1946). Historia de la filosofía del derecho y del estado. Madrid, España: Editorial Escelicer S.L., p. 27

¹⁵ Sin embargo, no hay que olvidar que el “Faraón que es además de un modo especial el dios de Egipto, el señor directo y celeste que gobierna el valle del Nilo sin perder su condición divina”. Además, “por ser dios vivo el faraón usaba tres insignias divinas que a la par simbolizaban el poder de mandar: los

Desde luego, la pena de muerte, amén de la mutilación, se impone por diversos delitos, a saber: violación, secuestro, bandidaje, robo, incesto, asesinato, cobardía ante el enemigo, ocultamiento de un esclavofugitivo, infidelidad en el ejercicio de un cargo público, fraude en la venta de cerveza. Así, la pena de muerte como se aprecia es distribuida con liberalidad, la mutilación, azotes, arrastre, etc., de manera que no es fácil deducir que la finalidad de la legislación babilónica es la dedifundir el terror, es decir, hacer una prevención general a través de las penas crueles, en donde la *lex talionis* es cumplida rigurosamente.

No cabe duda, que este conjunto de leyes para dichos pueblos proviene de origen divino. Así pues, Samas, “dios del sol”, sólo y sentado le hace entrega a *Hammurabi* de las leyes que el emperador debe hacer conocer a su pueblo, similar aspecto encontramos en el *Viejo Testamento*, cuando nos narra que Jehová le entrega las leyes a Moisés, para el cumplimiento de las leyes sagradas¹⁶. He ahí lo que nos hace pensar que, en esta etapa de progreso histórico, todas las leyes tienen origen divino, por lo tanto, la desobediencia constituye un pecado y el mismo ofende a la divinidad.

Zaffaroni infiere que este código contiene disposiciones civiles y penales. Así, pues, su texto distingue claramente entre hombres libres y esclavos y establece penas para varios delitos. De este modo, la composición, consiste en la devolución del triple de lo tomado, y se admiteen los casos de algunos delitos meramente patrimoniales.

De conformidad con la época cultural, los esclavos y los niños son considerados como cosas, por lo que pueden ser objetos de hurto. Las penas establecidas en dicho código,

emblemas de la salud, de la fuerza y de la eternidad”. Y, finalmente, en “lo que concierne a las normas jurídicas, su fuente única es el faraón” (Elías de Tejada, op. cit., pp. 23-24).

¹⁶ Zavala, 1986a, pp. 20-21.

son drásticas y de aplicación inmediata. Así, por ejemplo, el que comete hurto aprovechando un incendio, se echa a las llamas; la mujer que comete adulterio es arrojada al río con las manos ligadas. Otra de las penas es también, la expulsión del infractor de la ciudad en la que se aplica los delitos menores. Asimismo, se considera gravísima la ingratitud para con los padres. El principio talional campea en toda esa legislación, pues, se devuelve lesión por lesión y, muerte por muerte¹⁷.

Más, sin embargo, para ciertos pueblos antiguos, como los semitas y arios, el derecho penal se encauza en un sentido teológico. Esto, según nosotros, es referente que nos permite admitir que el derecho represivo de los hebreos es uno de los más evolucionado de dichas naciones, como se confirma en el *Deuteronomio*, donde el delito se considera esencialmente como un pecado de desobediencia a la divinidad, y la pena no es otra cosa que la purificación impuesta por el desagravio a la divinidad ofendida, por la autoridad en representación y por delegación de esa divinidad. Así pues, a pesar del progreso que esto significa, se hace de la muerte una pena de aplicación general.

En cambio, en los países occidentales de Europa domina un principio distinto; es decir, el de la venganza pública, puesto que los delitos son sancionados con severidad, mediante ello se mantiene el orden y se afianza la seguridad pública, su hegemonía se extiende hasta el siglo XVIII y de paso contribuye al desarrollo de la criminalidad¹⁸. Finalmente, hay que advertir, que hoy en día, hay países que aún aplican la ley del talión, entre ellos, fácilmente podemos ubicar a Irán. Como bien se sabe, el régimen iraní es hermético y contradictorio, por decir, lo menos. Es cierto, concierne a partir de la ejecución de la máxima del ojo por ojo y diente por diente, inclusive la eventualidad

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1977). Tratado de derecho penal. Parte general (1ª ed., t. I). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar, p. 325.

¹⁸ Labatut Glens, Gustavo (1979). Derecho penal, (t. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 35.

de lapidar a mujeres acusadas del delito de adulterio, con principios de las democracias occidentales¹⁹. Como explica Luciano Zaccara que:

Un caso muy conocido es el de una mujer a la que el ex marido había dejado ciega luego de tirarle ácido en la cara. La decisión del juez es que el hombre recibiera el mismo castigo: la quemadura de los ojos con ácido. Pero en esos casos la víctima puede decidir no hacer uso de ese derecho y exigir a cambio una compensación económica.

La legislación se modifica con la revolución e incorpora criterios de la *Sharia* y de la jurisprudencia chií (rama del islam a la que pertenece la mayoría de los iraníes). La legislación de la India antigua se halla contenida en el *Manava Dharma Sastra*, o Leyes de Manú, cuya fecha de inicio es muy controvertida, situándola unos en el siglo XIII a.C., y otros en el siglo V a.C. Más, sin embargo, “tiene como origen generalmente aceptado el año 1.200 a.C. Su fundamento es básicamente teológico”.

Detengámonos un momento entre estas leyes, de singular importancia en la historia del castigo. Así, se puede leer que el primer Manú “apellidado Swayambhudva, es decir, salido del ser existente por sí mismo” se lo considera la persona a quien el *Brahma* personalmente entrega el libro de la ley.

Es cierto, que Manú en la India representa lo mismo que *Hammurabi* en Babilonia y Moisés en Israel, es decir, los encargados de hacer cumplir la ley elaborada y entregada

¹⁹ Así, el modelo actual de la justicia iraní, sin duda, es el resultado de una revolución impulsada en 1979 por el ayatolá Ruhollah Khomeini, que modifica profundamente la estructura social, política y jurídica de este país. Así, precisamente, en los años anteriores, Mohammad Reza Pahlevi, el último Shah, intenta forzar un proceso de laicización del Estado. A partir del intento, su reinado es marcado por la dependencia de los países occidentales y una muy inequitativa distribución de la riqueza, que deja a gran parte de la población en la miseria. Además, como reacción a este proceso, la revolución frena la separación entre religión y política, y busca adecuar la organización de la sociedad a los principios rectores y del derecho islámico. No obstante, incorpora principios de la teoría política occidental, como la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial (Cfr. <https://www.infobae.com/2013/03/02/699030-iran-el-pais-que-aun-aplica-la-ley-del-talion/>).

por la divinidad²⁰. Sin embargo, “la filosofía tiene por objeto enseñar el camino” a través del cual “la sociedad se ordena según el brahmanismo en un ensamblaje jerárquico de cuatro castas y otro grupo especial de condición todavía más inferior cuyos miembros se denominan “parias” o intocables, por ser pecado tener roce con ellos”²¹. De manera que, “las castas son: *brahmanes* o sacerdotes; *chatriyas* o guerreros; *vasiyas* o labradores y artesanos; y *sudras* o encargados de los oficios manuales”²².

En efecto, “al tenor de las leyendas religiosas dice Elías de Tejada cada una de estas cuatro clases salió de una parte distinta del cuerpo del dios universal Brahma: los brahmanes de la cabeza, los chatriyas del pecho, los vasiyas del vientre y las sudras de los pies”²³.

En las *Leyes de Manú* el castigo provenía totalmente de un Brahma especial y el rey es su delegado²⁴. Desde luego, el Brahma especial de la penalidad (libros 7,8 y 9) el cual es encargado de enseñar y dispensar la justicia y la de proteger a los hombres y que impone respeto a través de las penas que, como amenaza permanente y constante, exhibe frente a los miembros de las diversas castas.

Así, la pena es “la rectora del género humano” dando a entender que sólo por la amenaza de la pena es que los hombres no se desvían de su camino o, en su defecto, una vez desviados, la pena les enseña a rectificar el mal cometido⁵⁸⁶. No hay

²⁰ Zavala, op. cit., pp. 25-26

²¹ Tejada, op. cit., pp. 31-32.

²² Ibid. p. 32.

²³ Ibid. p. 32.

²⁴ Las Leyes de Manú, se constituyen en la expresión de la política brahmánica, que recoge el sistema de castas, redactado el año 200 antes de nuestra era y que parece compuesto en provecho exclusivo de los brahmanes. El *Manava dharma sastra* o leyes de Manú”, se ocupa de materias múltiples desde las teogonías hasta las reglas para la purificación o los deberes de los príncipes (Tejada, op. cit., p. 32).

diferencia entre pecado y delito, la pena tiene un carácter expiatorio o purificador. Así pues, el reo que ha cumplido su pena sube al cielo tan limpio de culpa como el que ha ejecutado una buena acción. Se conoce el dolo, la culpa y el caso fortuito, y se da relevancia a los motivos. De manera que, sin duda, la pena principal es la mutilación “deshonrosa”, como para quien se “complace en seducir a la mujer ajena”²⁵.

Conviene subrayar, antes de concluir este apartado que, la sociedad hindú se divide en castas, que son estratos cerrados: se entra en una por el nacimiento y se sale por la muerte, y sus miembros no pueden ascender ni descender en la escala social, ni siquiera a través del matrimonio, pues las castas son endogámicas. En la cúspide del sistema están los brahmanes (sacerdotes), y por debajo los parias (descastados). Así, las penas diferían según la casta a la que perteneciese el transgresor: la multa aumenta con el rango social de la persona, al tiempo que las penas corporales se reservan para los de bajo *status*. Desde luego, el sacerdote que se sabe de memoria todo el *Rig-Veda* (himno de la creación) no queda contaminado aun cuando ocasione la muerte “a todos los habitantes de los tres mundos”.

Finalmente, no hay que olvidar, que, la legislación de Manú, es fundamentalmente teológica, según hemos dicho sustentadora, de castas, en donde no sólo prima la *lex talionis*, sino que, además, se establece para la gran variedad de delitos la pena de multa. En síntesis, el rey tiene en el brahman el censor más severo y muchas veces son estos los que realmente dirigen el Estado²⁶.

El sistema de justicia antiguo de Persia es teocrático tanto en la legislación civil como en la penal y es posible distinguir dos épocas históricas: a] la remota o primer período en el que la justicia se basa en la *venganza* y se *regula por el talión*; y, b] la segunda

²⁵ Versículo 352.

²⁶ Zavala, op. cit., p. 28.

se condena toda infracción como atentatoria contra la majestad del soberano, y como éste es quien impone las penas, con fines vindicativos, es obvio, que son crueles y su ejecución de manera horrible, quizá más que en otros derechos de su mismo tiempo²⁷, y esta época se extiende hasta la recepción del islamismo.

Así, Zoroastro es el máximo legislador. Por lo tanto, su Código, el Videvdat, parte integrante del Avesta, aspira a la expiación y a la purificación del penado, el cual así santificado, logra el triunfo del bien sobre el mal, del principio bueno sobre el principio malo; de la luz sobre las tinieblas²⁸. La pena de muerte se ejecutaba en muchos casos nos relata el profesor Zavala Baquerizo “aplastando la cabeza del culpable, vaciándole estaño fundido en los oídos, quitándole lentamente el cutis, sepultándolo vivo, empalándolo, etc.”²⁹.

En la antigua Persia la ley es considerada divina, porque cualquier violación de la misma es una infracción de la voluntad de los dioses. Tanto es así, que está prohibido, inclusive, al rey, que imponga la pena de muerte por delitos simples o menores, ya que dicha pena es reservada para los delitos de traición, violación, sodomía, asesinato, etc. Así pues, se emplea un método o sistema de ejecución conocido como “la barca” que, consiste en introducir al reo entre dos barcas o entre dos artesas conocido a través de cierto relato como “enartelado”. Desde luego, una vez en esta postura, sobresaliendo al exterior la cabeza, manos y pies tan sólo, las artesas son sujetadas y el prisionero es alimentado, de manera forzosa si se resiste con el fin de prolongar su vida.

²⁷Es cierto, que los persas ejecutan la pena de muerte en muchos casos a través de “lapidación, crucifixión, descuartizamiento, decapitación y scaffismo, así como las mutilaciones corporales. El scaffismo es la muerte lenta por un sistema de refinada brutalidad” (Jiménez de Asúa, 1992, p. 269). Así pues, y desde luego, la forma más cruel de ejecutar la pena de muerte es la llamada “de las barcas”, es decir, “enartelado”. Así, es ejecutado Mitridates, como recuerda Plutarco (1830).

²⁸ Zavala, op. cit., p. 28

²⁹ Ibid.

Como se conoce, las penas son severas y de una impresionante crueldad. Así, las consecuencias de estas son dolorosas agonías que duran días debido a que el prisionero es mantenido con consciencia en todo momento. De manera que, se encuentra en un lugar cerrado, su cuerpo pronto se ve sumido en las micciones y en las defecaciones. Si bien, la muerte sobreviene debido a las infecciones que causan los gusanos, quienes literalmente se iban “almorzando” al justiciable. Sin embargo, no hay que olvidar, que la pena de muerte no está prevista para el que, por primera vez, comete el delito, ya que es necesario que se piense siempre en que hay la oportunidad de que, mediante la ejecución de otras penas inferiores, el condenado pueda reflexionar y lograr que, en definitiva, triunfe el bien sobre el mal³⁰.

Desde luego, una de las referencias históricas sobre este tormento que se conserva es el relato que hace el gran historiador griego Plutarco sobre la severa y cruel ejecución de la pena capital de Mitrídates durante el reinado de Artajerjes II (404–358 a. C.). Así, según nos recuerda Plutarco (1830) que este rey es quien ordena la ejecución de Mitrídates haciéndole morir en artesado, y describe:

[...] tómense dos artesas hechas de madera que ajusten exactamente la una a la otra, y tendiendo en una de ellas supino al que ha de ser penado, traen la otra y la adaptan de modo que queden fuera la cabeza, las manos y los pies, dejando cubierto todo lo demás del cuerpo, y en esta disposición le dan de comer, si no quiere, le precisan punzándole en los ojos; después de comer le dan a beber miel y leche mezcladas, echándoselas en la boca y derramándolas por la cara: vuélvale después continuamente al sol, de modo que le dé en los ojos, y toda la cara se le cubre de una infinidad de moscas. Como dentro no puede menos de hacer las necesidades de los que comen y beben, de la suciedad y podredumbre de las secreciones se engendran bichos y gusanos que carcomen el cuerpo, tirando a meterse dentro. Porque cuando se ve que el hombre está ya muerto, se quita la artesa de arriba y se halla la carne carcomida, y en las entrañas enjambres

³⁰ Ibid.

de aquellos insectos pegados y cebados en ellas. Consumido de esta manera Mitrídates, apenas falleció el decimoséptimo día³¹.

De acuerdo al relato de Plutarco (1830) la muerte de Mitrídates dura 17 días, sin duda, es un tiempo muy largo de agonía. En definitiva, la legislación penal persa sigue el mismo enfoque que los demás pueblos orientales, es decir, básicamente, la vigencia de una legislación religiosa, generalmente cruel e intrínsecamente expiatoria³².

En el más primitivo derecho chino o más antiguo es de carácter sagrado, predominando el talión, inicialmente condensado en el *Libro de las cinco penas*, del emperador Sainu, sin que se imprima la fecha aproximada sobre la aparición de dicha legislación. Así, por ejemplo, aparece el *Código de Hia* (2205 a.C.). Siguen después: el *Código de Chang* (1783 a.C.); y, el *Código de Ceu*, escrito por Lin (1052 a.C.)³³.

En China, las penas que prevalecen son la venganza y el talión³⁴, así como sanciones de amputación de manos y pies para delitos de hurto, castración para la violación. Las penas son: muerte, deportación, destierro, bastón y azotes. Aquí, hay que recordar, siguiendo a Hans von Hentig, a los antiguos sujetos pasivos de la pena: la responsabilidad colectiva, las penas a los difuntos, la pena en efigie, el castigo de los

³¹ Plutarco (1830). *Vidas paralelas* (t. V). Antonio Ranz Romanillos (trad.).

Madrid, España: Editorial Imprenta Real, p. 272.

³² Zavala, 1986a, p. 29.

³³ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis (1982). *Tratado de derecho penal: culpabilidad y su exclusión* (3ª ed.) Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada.

³⁴ Cfr. Fontán Balestra, Carlos (1995). *Tratado de derecho penal. Parte general* (2ª ed.), vol. 1. Abeledo-Perrot (editor). Buenos Aires, Argentina: Editorial Sud- americana.

animales, las penas impuestas a cosas sin vida³⁵. Así, como también, es importante recordar, según el mismo autor a los antiguos titulares del derecho de castigar³⁶.

Confucio *Kung futze* (551-479 a.C.), crea en la China el *confucionismo*, consiste en el conjunto de doctrinas morales y religiosas predicadas por sus discípulos y seguidores tras su muerte. Por otro lado, importa subrayar que Confucio³⁷ distingue, en varias ocasiones el fenómeno criminal, afirmando que había cinco tipos de delitos imperdonables, a saber:

- 1º. El hombre que medita en secreto y practica bajo capa de virtud;
- 2º. Incorregibilidad reconocida y probada contra la sociedad;
- 3º. Calumnia revestida con el manto de la verdad para engañar al pueblo;
- 4º. Venganza, después de tener oculto el odio por mucho tiempo, en las apariencias de la verdad; y,
- 5º. Formular el pro y el contra sobre el mismo asunto, cediendo al interés que se tenga en pronunciar una u otra cosa.

En líneas generales, se trata de una visión de influencia religiosa sobre China, constituyéndose por tanto, en la religión oficial hasta el siglo VII, Corea, Vietnam y Japón y debe ser analizada. Ciertamente, tiene razón cuando señala que cualquiera de estos cinco crímenes merecía un castigo ejemplar.

³⁵ Hentig, Hans von (1967). *La pena* (vol. I). José María Rodríguez Devesa (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe S.A., pp. 15-109. Cfr. Zavala, op. cit., p. 70.

³⁶ *Ibid.*, pp. 111-183.

³⁷ Cfr. Confucio (citado en Jiménez de Asúa, 1982. *Tratado de derecho personal: culpabilidad y su exclusión* (3ª ed.) Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada S.A.). En efecto, la "característica primordial del pensamiento de Confucio es su tradicionalismo moralista, que lleva a presentar constantemente como modelo de conducta de los antiguos reyes semi divinos. El mismo se enorgullece presentándose como "un transmisor y no el componedor, como creyente y reverenciador de los antiguos" (Elías de Tejada, op. cit., p. 48).

Las consideraciones previstas en el primero y segundo ponen de manifiesto los aspectos atribuidos a la peligrosidad criminal. Sin ir más lejos, en el tercero y en el cuarto, las formas de criminalidad dorada; y el quinto puede ser un delito producido por la administración de justicia. Sin embargo, se puede considerar, además, que Confucio es partidario de la imposición de penas proporcionales de acuerdo con la magnitud de los crímenes, así como las ideas de la prevención de estos, sintetizada en su máxima profética: “ten cuidado de evitar los crimines, para no verte obligado a castigarlos”.

Aquí, por lo tanto, cabe destacar que los confucianos ven al cosmos como algo armónico que regula las estaciones, la vida animal, la vegetal y la humana. Si esta armonía es trastornada, habrá graves consecuencias. Un ejemplo común que utiliza el confucianismo es el del mal gobernante que conduce a su pueblo a la ruina mediante su conducta. De ello se colige que el mal gobierno contradiría el orden natural y viola el mandato del cielo.

A la vista de esta especial importancia de esta corriente para la criminología y el derecho penal, se advierte que el gobernante que se conduce así pierde su legitimidad y puede ser depuesto por otro que recibirá este mandato.

A este respecto cabe mencionar que Confucio estimulaba la empatía, es decir, el sentir por la otra persona al expresar: “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti”³⁸. En definitiva, hay que admitir que en criminología hay que prevenir las conductas desviadas para evitar tipificarlas y las ya típicas, sin embargo, no basta con ejercer control social, sino también prevenirlas. Desde este punto de vista, ha de tenerse en cuenta, sobre todo, la prevención de conductas desviadas que Confucio con sus

³⁸ Ibid.

enseñanzas estimulaba a toda una comunidad que a través de ellas la guiaba. De esta manera Confucio enseña que el bien individual no puede ser obtenido sino a partir del bien de todos, tales como: la autenticidad del hombre, la rectitud, la veracidad, constituyen las reglas generales de sus enseñanzas³⁹.

Dejando fuera del contexto la época de los *patriarcas*, por cuanto resulta difícil establecer cuál es el derecho penal, lo que aquí nos interesa es la legislación de Moisés o mosaica del siglo XVI antes de la “*era vulgar*”. Se conoce que, la fuente de esta legislación está en los primeros cinco libros de la Biblia (*Pentateuco*), en los que se recogen los preceptos religiosos, morales y jurídicos en un período de cuarenta años.

De manera especial en *Éxodo, Levítico y Deuteronomio*, a través de sus normas encontramos un marcado derecho penal con tinte religioso, a diferencia del *Código de Hammurabi*, el derecho de penar es delegación divina, el delito es ofensa a Yahvéh y de la pena, que busca intimidación y expiación, su medida es el talió⁴⁰.

No obstante, aún se prevé venganza privada para el homicidio doloso, es decir, “el vengador de sangre matará al homicida cuando lo encuentre”⁴¹. En efecto, el que mata a otro sin intención, puede huir a las “ciudades de refugio” y morar allí, donde el vengador no puede tocarlo. Efectivamente, no hay que olvidar aquí, que la igualdad ante la ley entre las instituciones de Israel reconoce que todo hombre, una vez sufrido el castigo impuesto, volvía a la primitiva consideración de sus conciudadanos. Delitos los hubo contra dios (blasfemia, idolatría, falsa profecía), contra los semejantes

³⁹Jiménez de Asúa, Luis (1992). Tratado de derecho penal (t. I, 5ª ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada S.A., p. 272.

⁴⁰Cfr. Confucio (citado en Jiménez de Asúa, 1982. Tratado de derecho penal: culpabilidad y su exclusión (3ª ed.) Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada S.A.).

⁴¹ Números, XXXV, 21.

(homicidio, lesiones), contra la honestidad (incesto, violación, adulterio de la mujer), contra la propiedad y delitos de falsedad (falso testimonio: se aplica la pena que debe haber sufrido la víctima)⁴².

El rigor de la legislación mosaica se atenúa considerablemente, después de varios siglos que se añade el *Talmud* (el de Jerusalén y el de Babilonia). Así, por ejemplo, recordemos que:

No ha vuelto a surgir en Israel un profeta como Moisés, a quien trataba Yahvéh cara a cara, ni por tantas señales y prodigios como Yahvéh le mandó hacer en tierra de Egipto contra el Faraón, contra todos sus siervos y contra toda su tierra, ni por su mano tan fuerte y por las cosas grandes y terribles que hizo a los ojos de todo Israel⁴³.

En resumidas cuentas, luego de estos acontecimientos, aparece el derecho penal hebreo el cual es fundamental en el estudio de la legislación mosaica. El proceso de Jesús tiene importancia en cuanto al derecho de Roma con las provincias. Así, Judea, es parte de Siria y gobernada por Herodes el Grande cuando Jesús nace, y, sin embargo, a la muerte de aquel su territorio se divide entre sus hijos. Al momento de producirse el enjuiciamiento de Jesús, acusado de sedición y blasfemia⁴⁴, el gobernador de Judea es sustituido por Lucio Poncio Pilatos.

⁴² Goldstein, Mateo (1947). Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud.

Buenos Aires, Argentina: Editorial Atalaya, p. 67 y ss.

⁴³ Deuteronomio, XXXIV, 10-12.

⁴⁴ El enjuiciamiento es totalmente ilegal, como también, injusta la sentencia, por cuanto, la acusación de blasfemia, por la que le condena el Sanedrín, se abandona ante el pretorio, y el pretor declara la inocencia respecto a la sedición, y a causa de esta, se sustenta en testigos falsos y condenados a muerte por crucifixión. Así, las palabras, de Jesús, formalmente consideradas, no pueden constituir la blasfemia, castigada con la muerte por el Levítico, por cuanto al contestar a Caifás sustituye las palabras hebreas Jahaveh o Elobim, por la equivalente hebrea de Potencia, afirmando únicamente que es el Mesías. Pero esto en boca de un simple hombre, puede constituir una falsedad o presunción, pero no una blasfemia. En efecto, cuando varios años después el rabí Aquiba proclama a Bar Kokeba como

La historia de la legislación del antiguo Egipto se divide en tres imperios con períodos intermedios de conflictos internos y dominación por gobernantes extranjeros⁴⁵. Así, el imperio antiguo se caracteriza por el florecimiento de las artes y la construcción de inmensas pirámides. Con esto, y durante el imperio medio (2050-1800 a.C.) tras una etapa de descentralización, se conoce un período de esplendor en su economía. Ciertamente, en el imperio nuevo (1567-1085 a.C.) la monarquía egipcia alcanza su edad dorada conquistando a los pueblos vecinos y expande sus dominios bajo la dirección de los faraones de la dinastía décima octava.

La última dinastía es derrocada por los persas en el año 341 a.C., quienes a su vez son reemplazados por gobernantes griegos, y romanos, período que comienza hacia el año 30 a.C., como resultado de la derrota de Marco Antonio, tiene siete siglos de paz relativa y estabilidad económica. El origen de las más remotas leyes se atribuye a la revelación que de ella hacen los dioses al rey Mevis. El dios *Thot* se considera como legislador en caracteres jeroglíficos. Los preceptos legales se hallan en antiquísimos libros, que no llegan hasta occidente, y sólo quedan fragmentos de su contenido.

El derecho egipcio tiene impregnado en espíritu religioso: el delito es una ofensa a los dioses, y las penas más crueles las imponen los sacerdotes como delegación divina.

Mesías, no es juzgado por blasfemia (Cfr. Ricciotti & Prieto, citados en Jiménez de Asúa, 1992, pp. 272-273).

⁴⁵ Desde luego, no hay que olvidar que, “las etapas del pensamiento egipcio siguen las de su historia política, pudiendo diferenciarse los siguientes momentos: a) el absolutismo teocrático menfita de las cinco primeras dinastías (2895-2540 antes de Cristo); b) el período llamado feudal que va de la dinastía VI a la VII (2540-2360 a. de C.); c) la crisis política y social denominada en los papiros “la gran revolución”, época oscura que llenan las dinastías IX a XI (2360-2000 a. de C.); d) el imperio tebano, reacción contra la agitada crisis revolucionaria, que corre desde la dinastía XII a la XX (2000-1000 a. de C.); y, e) la decadencia cultural o instante de influencias extrañas, que va hasta la conquista de Egipto por los romanos, punto final de la cultura egipcia independiente” (Elías de Tejada, op. cit., p. 22).

Bien se advierte que, el signo de la justicia es la pluma de avestruz⁴⁶. Los delitos más graves son los que lesionan a la divinidad y la muerte de los animales sacros: el *buey Apisy* los *cocodrilos*, e incluso los tenidos por sagrados, como el *ibis*, el *gato* y el *halcón*. Así, los atentados y la complicidad contra los faraones, la desobediencia de las órdenes reales, las ofensas al faraón y sus familiares, el perjurio y el homicidio, son considerados delitos de lesa divinidad. Se aplica el talión simbólico, por ejemplo: al espía, se le corta la lengua; al estuprador, los órganos genitales, y, a la mujer adúltera, la nariz.

Existen penas para otros delitos como trabajos públicos y en las minas, así como la esclavitud⁴⁷. Desde mediados del siglo IV, Egipto es parte del imperio oriental, que luego se convierte en el imperio bizantino. En este antiguo país el derecho, la religión, la magia y la ciencia son todas, una misma cosa, y en el contexto criminológico, es pionero en la creación de métodos de identificación para distinguir a criminales, como la extracción de dientes de las personas que cometen un crimen. Se rigen por el *Libro de los muertos*⁴⁸, ya que este indica, en parte, todos los castigos que reciben los pobladores si cometen crímenes o malos actos, al momento de su muerte. Así, por ejemplo, el juicio del difunto y la confesión negativa⁴⁹ son una representación del código

⁴⁶ Jiménez de Asúa, op. cit., p. 271

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Es el nombre moderno de un texto funerario del antiguo Egipto que se utiliza desde el comienzo del imperio nuevo hacia el 1550 a.C., hasta el 50 a.C. El nombre original del libro de los muertos es *Peri Em Heru* "Libro para salir al día", data de la época de imperio nuevo pero sus raíces se encuentran en los "Textos de las pirámides" del reino antiguo. Se trata de los sortilegios y ritos funerarios egipcios más antiguos que existen hasta el momento y tradicionalmente se considera a Dyedefhor, famoso sabio y adivino, como su autor (Cfr. Vásquez, Hoys, Ana (2009). Confesión negativa. Libro de los muertos. Recuperado de: <http://www.bloga-navazquez.com/2009/03/18/confesion-negativailibro-de-los-muertos/#comments>).

⁴⁹ Así, y desde luego, la redacción de las confesiones negativas nos ofrece excelentes orientaciones acerca de los criterios morales que rige en esta fascinante civilización, al detallarnos cuidadosamente todo aquello que era considerado como pecaminoso. Algunas de esas confesiones, como las que se refieren a no haber sustraído las ofrendas o ganados de los templos –y otras de tipo similar– nos hablan

moral convencional que rige la sociedad egipcia. Además, son los grandes precursores de la medicina forense⁵⁰.

Los pueblos precolombinos

En cuanto al estudio del sistema penal de estos pueblos debemos ubicarnos tomar en consideración el *ex antes* al descubrimiento de América y realizar una mirada breve a las legislaciones de las dos más grandes organizaciones aborígenes, esto es la maya y la incaica.

Es menester una advertencia previa: lo que nos proponemos examinar aquí, que estas civilizaciones sólo han llegado al grado de desarrollo que ostentan y pueden conquistar exitosamente a otros grupos sociales hasta lograr establecer un gran imperio, a través de la férrea organización jurídica que se levanta a lo largo del tiempo en base de las primeras manifestaciones del futuro derecho consuetudinario⁵¹.

de la habilidad de la clase sacerdotal egipcia, guardiana de los misterios, para vigilar su patrimonio (Cfr. Vásquez, 2009).

⁵⁰Así y desde luego, hay que considerar que, en la antigüedad los pueblos que más sobresalieron en las prácticas estéticas fueron los hindúes y egipcios. A los primeros se les atribuye el ser precursores de los injertos de tejidos y la primera técnica de rinoplastia. Esto ha quedado documentado en libros antiguos como "Reh Veda" 1500 a.C., y el "Atharra Veda". En los papiros egipcios es poco lo que se consigna sobre la cirugía estética; pero algunos antropólogos suponen que fueron sobresalientes en esas prácticas, por la habilidad que desarrollaron en embalsamamientos, cuyas momias han permanecido hasta nuestros días (Arguedas, Miguel Ángel (2002). Reflexiones médico legales acerca del perjuicio estético. Medicina legal Costa Rica, vol.19, n°.1 Heredia Mar. 2002). Recuperado de https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000100007). Consulta: 11/08/ 2019. Sin embargo, no hay que olvidar que, el primer experto médico-legal fue Imhotep, quien vive en Egipto 3000 años aC., siendo la más alta autoridad judicial. Los egipcios utilizaron pruebas para diagnosticar el embarazo cuando existían dudas sobre la paternidad del niño, consistía en observar los efectos de la orina sobre algunos vegetales. De esta manera si las hojas se marchitaban o si los cereales no crecían se descartaba el embarazo. La medicina egipcia en aquella época era socializada, ya que los médicos eran pagados por el Estado, existiendo algunas especialidades y castigando severamente los errores profesionales (Cfr. Vargas, Eduardo (1996). Medicina legal (2ª ed.). México: Editorial Trillas; pp. 15-28). Cfr. Hentig, Hans von (1959). Problemas de la absolución en el asesinato. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.

⁵¹ Cfr. Zavala, op. cit., p. 41.

El profesor Zavala Baquerizo, en cuanto a los mayas refiere que, la administración de justicia tiene como titular al “batab” quien es el encargado de dictar los fallos de manera ágil, luego de una rápida investigación sobre los puntos que llaman su atención, oyendo oralmente a las partes interesadas. Una vez dictado el fallo, este es inapelable, tanto en lo civil como en lo penal. No obstante, cuando se trataba de delitos, son los “tupiles” los encargados de hacer cumplir la resolución sin dilación de ninguna naturaleza. Así pues, se trata de los verdugos de la época⁵². Aunque, los delitos son variados y las penas crueles.

Desdeluego, la pena de muerte se prodiga sin egoísmo alguno. Aquí, encontramos un catálogo de infracciones susceptibles de este tipo de pena, como –escribe el profesor Raúl Carrancá y Trujillo– el adulterio es objeto de la más cruel sanción. “Atado de pies y manos a un poste el varónadúltero es puesto a disposición del marido [...] Por contra, la mujer adúltera sólo es objeto de infamia y de repudio por parte del marido”⁵³. En otra parte, nos dice el ilustre profesor mexicano que “el adulterio de los plebeyos es sancionado con la muerte, siendo llevados los adúlteros al “tianguis” o mercado, aplastándoles la cabeza entre dos grandes piedras. Por el de los nobles, agarrotamiento y cremación”⁵⁴.

Por lo demás, se colige que, existe tres maneras de hacer efectiva la pena de muerte en caso de adulterio, a saber: a] o por la caída de la gran piedra; b] o por el aplastamiento entre dos piedras, en caso de ser plebeyos los acusados; y, c] o por agarrotamiento y cremación, si pertenecen a la nobleza. El profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo, en su ilustración explica lo corriente a la imposición y ejecución de

⁵² Ibid.

⁵³ Carrancá y Trujillo, Raúl (1966). La organización social de los antiguos mexicanos. México, D.F.: Ediciones Botas (citado en Zavala, op. cit., p. 41).

⁵⁴ Ibid.

la pena capital –entre los pueblos mayas– es la aplicación de la ley del talión, aunque un poco más avanzada la época, si se trata de homicidio perpetrado por un menor de edad, por ejemplo, a este no se lo mata, sino que, se lo convierte en esclavo de la familia de la víctima para que indemnice a esta a través con su trabajo.

Así y desde luego, la lapidación es una de las más frecuentes formas de ejecutar la pena de muerte. Es decir, se dilapidaba tanto al violador como al estuprador. Además, la ejecución de los delitos enlazados a la pena de muerte, se realiza de varias maneras, a saber: desollamiento en vida, cremación, descuartizamiento, arrastre, garrote vil, empalamiento, decapitación, flagelamiento y porrazos. Igualmente, a otros delitos se los castiga con la confiscación de bienes, la esclavitud, la tonsura, la queda de los cabellos y la mutilación⁵⁵.

Cabe destacar aquí, antes de proseguir, que se denota una cuestión muy importante de reconocer es, precisamente, el hecho de que los mayas imponen las penas más severas a los nobles que a los plebeyos, aunque ambos cometan el mismo delito. Es decir, por el mismo delito se impone penas infamantes, o la esclavitud a los plebeyos, y pena de muerte a los nobles, como bien apunta el ilustre profesor mexicano Raúl Carrancá y Trujillo al explicarnos que,

[...] no obstante que al parecer es contradictorio ya que las leyes son dictadas por el Emperador, vértice de las clases nobles. Pero tal diversidad según la condición de las personas obedecía sin duda al propósito de mantener inquebrantablemente la responsabilidad social de las clases nobles, por lo que sus delitos son considerados como mayormente peligrosos por deshonorosos⁵⁶.

⁵⁵ Zavala, op. cit., p. 42.

⁵⁶ Carrancá, citado en Zavala, op. cit., p. 42.

Preferimos empezar afirmando que el régimen de los incas proviene del absolutismo imperial, ya que la vida de la comunidad giraba en torno a la persona del inca, al cual lo rodeaba la nobleza hereditaria, el sacerdocio, el ejército y el pueblo en general. Como bien se sabe que el inca es hijo del sol (*sepa-inca*), el sacerdote máximo (*huillachumu*) es la segunda persona del imperio.

Existe el Consejo encargado del conocimiento de todos los asuntos administrativos y contenciosos. Por su parte, la administración de justicia está encargada a los “tocricos”, a los “curacas” y a los “cosa-pos”, quienes juzgan las contravenciones de cualquier naturaleza. En efecto, las normas de conducta son consuetudinarias, morales y, básicamente religiosas.

Por otra parte, las penas se aplican especialmente por conductas dirigidas contra normas religiosas, siguen los delitos contra las personas, particularmente, el homicidio; también se sanciona severamente los ataques contra la propiedad. La pena más frecuente es la de muerte, seguida de azotes y la expulsión del lugar donde se comete el delito. Así, y desde luego, la propiedad de la tierra sigue un sistema colectivista, es decir, mucho más que socialista. Aunque la tierra de acuerdo a su propietario se dividía: en nacional, que pertenece al Estado, o sea al emperador; en colectiva, que es patrimonio de toda la comunidad; y particular o privada que ingresa al patrimonio personal de ciertos individuos.

De ello, concretamente, se colige que, un delito grave es aquel que atenta precisamente contra la propiedad del emperador y de los curacas. Nos parece increíble que poco o nada se sabe del origen del primer inca Manco Capac. Aunque existen algunas leyendas sobre este aspecto, según unas, aparece de repente entre los ingenuos aborígenes de lo que hoy es Perú, y este afirma que es el “hijo del Sol”. Al respecto, Pío Jaramillo Alvarado dice: “Y sucede que los descendientes de Guayana y

habitan en una isla y allí están hasta que llegó”⁵⁷ la ocasión de ser hallados y descubiertos los hijos de Guayana y porque el cacique Tome, su hermano, que gobernaba los llanos y es el señor Shyri de Quito:

[...] manda a perseguir a uno de sus hijos por el delito de adulterio que castiga con la pena de muerte, y el perseguido se aventura con su gente al mar y llega casualmente a la isla en la que reside Atau⁵⁸. Y como Atau es ya viejo y muere de pronto, acomete la empresa su hijo Manco-Capac, al que acompaña el hijo prófugo del rey de Quito, hasta Titicaca; y de paso a la postre –dice el autor ecuatoriano– que “cuando Manco-Capac por el hecho de hacerse pasar como Hijo del Sol, por los habitantes del altiplano andino consolida sus primeras conquistas [...]”⁵⁹.

Pedro Fermín Cevallos luego de afirmar que los aborígenes carastienen una idea más o menos clara sobre dios, al que adoran en el templo levantado en las costas del Perú, dice: [...] esta alta y sublime idea de [dios], que se conserva pura por muchos siglos, vino a corromperse por el célebre Manco Capac, el fundador y el primer Inca del Imperio, cuya patria y linaje, envueltos entre mil fábulas distintas, han quedado en tinieblas [...] ⁶⁰.

Indicamos ahora como ya se anotó que la legislación penal es muy severa, propio de aquellas organizaciones que procuran defender el estado de cosas impuestas y proteger una religión que deben ser apoyada para mantener la unidad social. Así, la pena de muerte es especialmente establecida para los delitos contra la religión y sus servidores. Así, por ejemplo, si una doncella consagrada como virgen del sol, osaba tener relaciones sexuales con un hombre, es condenada a muerte, y se ejecuta la pena enterrándola viva.

⁵⁷ Jaramillo Alvarado, Pío (1922). El indio ecuatoriano contribución al estudio de la sociología nacional. Quito, Ecuador: Imprenta y Encuadernación de la Editorial Quito. Cfr. Zavala, op. cit., pp. 43-44.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Cevallos, Pedro Fermín (1985). Historia del Ecuador. Ambato, Ecuador: Ediciones sesquicentenario II Convención Nacional. Cfr. Zavala, op. cit., p. 44.

De igual manera se aplica la misma pena para el asesinato, el robo, el adulterio. Además, los delitos de lesa majestad, entre los que figuran las blasfemias contra el sol, o contra el inca, son sancionados con pena capital. Una mayor severidad en la aplicación de la pena de muerte, se produce cuando las comunidades se rebelan contra el inca, se los extermina colectivamente, sin importar el número, sexo o la edad.

No obstante, como bien dice Cevallos que son “pocos los asesinatos, casi desconocidos los robos [...] y casi desconocidos también otros y muchos delitos tan frecuentes en los pueblos cultos”. El mismo autor agrega que:

Si se rebela una provincia deben ser exterminados sus pobladores; que se castiga con pena de muerte las blasfemias, la profanación de los monasterios, la reincidencia en el desobedecimiento a las autoridades o en la figura de los mitimaes, el adulterio de la mujer, la violación y fuerza ejercida contra un noble, la reincidencia de este mismo delito contra los plebeyos, el hurto de las cosas del sol o del Inca, el incendio de un puente, y otros que, aunque sujetos a distintas penas, pueden castigarse con la de la muerte, según las circunstancias; que se escarmienta con el exterminio de la familia entera al que mata por medio de hechizos, con la de azote a los perezosos y, a veces, con la muerte al que miente judicialmente⁶¹.

Sobre este aspecto, el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo dice que con lo cual se demuestra que no son “pocas las previsiones penales del Incario, ni tan dulces o tiernas las sanciones, como se nos ha pretendido hacernos creer”⁶².

Desde luego, en la legislación incaica no existe la pena pecuniaria, ni menos se hizo del delito un medio de enriquecimiento ni para el Estado ni para el inca, como se acuña en la época feudal y en la monarquía europea absoluta en que, además, se impone la confiscación de los bienes de los justiciables.

⁶¹ Ibid., pp. 44-45.

⁶² Zavala, op. cit., p. 45.

Finalmente, la esclavitud es también una pena en la legislación incaica, que se aplica según la naturaleza de la infracción y se extiende desde el individuo hasta las congregaciones comunales completas. Porello, es que preferimos decir que el derecho a la esclavitud proviene del desprecio con que mira el monarca a sus súbditos, sin más fundamentos que la diferencia de costumbres⁶³.

Los pueblos griegos y romanos

Una simple mirada sobre el progreso histórico de evolución del derecho penal griego, se puede distinguir la época *legendaria* de la *histórica*. Precisamente, en la época de la Grecia legendaria, los institutos de la *venganza privada*, son sumamente poderosos, basado en una especial concepción de la culpabilidad (*hybris*) hasta el punto de que a pesar de la idea de que el delito proviene del destino (*ananké*), la venganza se ejercita, como en el caso de Edipo (*parricida*) y de Orestes (*matricida*). Así, la venganza privada no se detiene en el delincuente, sino que se trasmite hasta la familia.

Luego, surge el tránsito religioso o carácter divino de la legislación y pensamiento griego que corresponde a la convicción de que los “hombres juguetes de los dioses” para cometer delitos. Así, el órgano político estatal dicta las penas, pero obra como delegado de Júpiter. De manera que quien comete un delito debe purificarse y, además, aquí, se identifican dos conceptos: religión y patria⁶⁴.

En la época de la Grecia histórica, la pena se asienta, no sobre un fundamento religioso, sino sobre la base moral y civil. En lo que atañea los órganos políticos estatales, no hay que olvidar que, en Grecia son diversos, por lo tanto, las legislaciones son también

⁶³ Montesquieu (2001). *Del espíritu de las leyes* (14^o ed.). México, D.F.: Editorial Porrúa. Libro Decimoquinto, capítulo tercero, p. 227.

⁶⁴ Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 273-274.

diferentes. La de Esparta se agrupa en torno a las figuras legendarias de Licurgo (mitad del siglo IX o acaso siglo VIII a.C.).

En cambio, la de Atenas, obra de Dracón (siglo VII a.C.), y después de Solón (siglo VI a.C.), la de Locris, escrita por Zaleuco; la de Catania, de Carondas (siglo VII a.C.) y la de Grotyna (segunda mitad del siglo VI o primera mitad del siglo V a.C.).

En efecto, los textos de estas leyes, están totalmente destruidos y nos contentamos únicamente con los fragmentos y recuerdos que nos han transmitido filósofos, poetas y oradores. Más que cualquier otra de las leyes griegas, las leyes penales de Atenas, que son las más importantes, no se inspiran en absoluto en las ideas religiosas y en ellas se afirma y predomina el concepto de Estado.

No hay que olvidar, que lo “que llamamos Derecho griego, es confesémoslo una masa incoherente de pensamientos filosóficos, de interpretaciones oratorias de valor jurídico bastante dudoso, de normas más o menos verdaderas de leyes; pero la coordinación jurídica falta totalmente”⁶⁵.

Quizá como ha sucedido en otras civilizaciones entre los griegos las penas se caracterizan por su evolución, cuyo punto de partida es la venganza privada que regía con todo vigor ésta a decir de Zavala Baquerizo no debe ser considerada realmente hasta la etapa histórica superior, en la que se puede observar el pensamiento de los legisladores y filósofos con relación a la pena. No solo esto: en las principales ciudades griegas entran al período de la administración religiosa en donde la pena es la satisfacción de la comunidad a través del sacrificio a los dioses para librar de culpa a la sociedad.

⁶⁵ Cfr. Brugi, *Il Diritto greco classico e la Sociología*. En *Revista italiana di Sociología*, vol. X (citado en Jiménez de Asúa, op. cit., p. 277.)

En definitiva, más que una pena, es “un acto sacral, ritual, que permite la reconsideración de la comunidad frente al [dios] o a los [dioses] enojados o perturbados por la comisión del delito”⁶⁶. Así pues, en el auge ateniense se distingue claramente dos tipos de delitos, a saber: a] los delitos de acción pública, rige para su juzgamiento un sistema acusatorio que se funda sobre la base de acción popular.

Así, en los delitos públicos, existe un sistema de persecución asentado sobre la base de la acción penal popular, es decir, que puede ser ejercida por cualquier ciudadano. Lo positivo del sistema consiste en que el ciudadano que hace las veces de acusador asume responsabilidad personal por su empresa; y, b] los delitos privados, rigen también, para ellos un sistema acusatorio que se estructura alrededor de la acción penal privada.

En este sentido, Atenas tiene un sistema penal que resulta acorde con ciertas necesidades de centralización y oficialidad en un programa penal, entre los diversos tribunales que funcionan a lo largo de la historia de la democracia griega podemos mencionar los siguientes: a] Areópago. Tribunal ateniense formado por los exarcotes. En época clásica se ocupa de juzgar los delitos de sangre. Su nombre significa, literalmente, “colina de Ares”.

Según el mito, es allí donde se celebra el primer juicio de la historia, instituido por la diosa Atenea para juzgar el asesinato de Clit mestra, a manos de sus hijos⁶⁷; y, b] Éfetas. Tribunal ateniense compuesto por cincuenta y un ciudadanos que juzgaba los homicidios involuntarios. El término griego designa cada uno de los jueces

⁶⁶ Zavala, op., p. 49.

⁶⁷ Cfr. Glosario: La polis y sus formas de gobierno-Grecia y su legado-griego 1º. Recuperado de <http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/griego/esg143 gl.htm>.

componentes de estos tribunales superiores de lo criminal⁶⁸. Esto no significa que la justicia en la época histórica del derecho penal en Grecia y particularmente en Atenas, adquiere formas seguras y desenlazase en decisiones imparciales.

Por ello, no hay que olvidar que, cuatro siglos antes de Cristo, en Atenas se crean delitos y se imponen sanciones no previstas en sus leyes. Desde luego, el más sonado y único de estos casos es el proceso que se inicia contra Sócrates, condenado a beber cicuta⁶⁹.

A pesar de la larga extensión del período de la religión a la conciencia social, estimamos de mucha utilidad, establecer que su característica fundamental radica en que, de la responsabilidad penal colectiva, se llega a la individual en todos los órdenes y no sólo tratándose de infracciones. De este modo, las sanciones para los delitos políticos y religiosos, no se limitan al autor, por contrario, se extienden a toda la familia y en ocasiones a otros sectores de la vecindad. Así, por ejemplo, la muerte colectiva, la confiscación de bienes de toda la familia, la aplicación de la “*otimia*” o extrañamiento dispuesto a toda la colectividad; estos rasgos predominan hasta el siglo V a.C., aunque se toma conciencia de la limitación de la responsabilidad a sólo el autor, cualquiera que fuere el delito⁷⁰.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Así, no hay que olvidar, que el proceso injusto contra Sócrates es sobre todo a partir de la acusación de asebeia (impiedad a los dioses de Atenas) y de haber corrompido a la juventud (por ninguno de estos delitos se condenaba a pena de muerte en aquella época). Como se puede observar muy claramente, que no se le atribuyó la comisión de los delitos tales como: el saqueo de templos, el robo con escalo, la esclavitud de un hombre libre y la traición al Estado, que, en efecto, se reprimían con pena de muerte. Sin embargo, la realidad es para Sócrates, enfrentar a dos tipos de acusaciones: a] acusaciones antiguas (enemigos de vieja data); y, b] acusaciones recientes en ese entonces (Melito, Anito y Licón).

⁷⁰ Zavala, op. cit., pp. 49-50.

Sin duda, nos encontramos frente a un derecho penal de acto y no de autor. La importancia del derecho penal griego es relativa. Aunque, más importante es el pensamiento de Sócrates, Platón y Aristóteles, principalmente a lo que respecta a dos temas: a] la independencia del poder público divino; el poder no depende de los dioses; y, b] la individualización de la responsabilidad y la pena. Por supuesto, la pena tiene su fundamento en la venganza y en la intimidación, y los delitos se distinguen según la lesión a los derechos de todos o a un derecho individual⁷¹.

De manera que, uno de los aspectos más sugestivos de la filosofía moral de Aristóteles es la teoría de la imputación⁷², que expresa mejor que cualquiera otro lo que este filósofo quiere decir cuando explica en qué casos un acto es atribuible a un sujeto y, por consiguiente, hace que éste, según la cualidad positiva o negativa de su conducta, sea merecedor de alabanza o vituperio⁷³. En este sentido, dice el profesor de la Universidad de Córdoba don Diego Medida Morales, que:

solo se le puede atribuir la responsabilidad de una acción a quien voluntariamente ha hecho uso de su “libertad natural”, a quien libremente ha decidido con ánimo o sin ánimo de cometer un determinado delito o ajustar su comportamiento a lo jurídicamente exigible⁷⁴.

Aristóteles considera apunta Diego Medina que sólo los actos que están bajo el dominio de la voluntad son susceptibles de imputación, siendo de tal manera que, “en el caso en que éstos son voluntarios provocan alabanzas o recriminaciones, mientras

⁷¹ Jiménez de Asúa, 1992, pp. 275-276.

⁷² Medina Morales, Diego (1995). Derecho y libertad. La teoría de imputabilidad en Aristóteles. Madrid, España: Publicado en Cuadernos de política criminal, nº 55, pp. 133-134.

⁷³ Jiménez de Asúa, 1992, pp. 275-276.

⁷⁴ Ibid.

que en el caso de ser involuntarios provocan perdón y aun a veces compasión”⁷⁵. Así y desde luego, el hecho imputable lo denomina con el término griego *he-kusión* voluntario y, al hecho no imputable lo llama *akusión* involuntario. Por lo tanto, los actos voluntarios que constituyen la categoría de imputables afirma Medina lo son por estar sometidos al poderconformador de la razón⁷⁶.

Justamente, como nos cuenta Aristóteles, el ilustre profesor jienense de nacimiento, refiere que, Sócrates, señala que, es el “dominio en sí” el que hace a los hombres libres, es decir, capaces de distinguir y obrar el bien o el mal (por ello es el comportamiento moral), luego cuando la razón domina sobre las pasiones el hombre actúa, voluntariamente⁷⁷. Además, señala Aristóteles, que Sócrates “se equivoca, sin duda, sin duda en efecto, el que califica entre los actos involuntarios los que manan de la impulsividad o la concupiscencia”⁷⁸, por cuanto, según Medina, “los estados afectivos irracionales no son menos humanos y por ello también pertenecen al hombre las acciones que proceden de impulsividad y concupiscencia”⁷⁹. Más, sin embargo, Aristóteles, como bien observa Medina, alude a dos tipos de “hekusión” (o actos voluntarios):

uno más restringido que otro, el primero que se resume en lo que está sometido al poder conformador de la razón y el segundo que abarca los actos espontáneos de apetito, esta duplicidad del término estará presente a

⁷⁵ Cfr. Medina, op. cit., p. 134.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Cfr. Medina, op. cit., p. 134.

⁷⁸ Aristóteles, op. cit., 1111 a. Cfr. Medina, op. cit., p. 134.

⁷⁹ Medina, op. cit., p. 134.

lo largo de toda su teoría de imputación, revistiéndola de ciertas peculiaridades⁸⁰.

Cierto es, que Aristóteles considera a la voluntad como algo conforme a la racionalidad y, la distingue del deseo con el que comparte su carácter de “motor del alma”, pese a que, la voluntad no mueve al igual que el deseo, sino racionalmente. No obstante, la idea finalista que integra toda la doctrina aristotélica, y que hace afirmar que en la naturaleza todo es voluntario (porque la naturaleza es un principio interno en movimiento que obra por un fin)⁸¹, obliga, también a distinguir, como se dijo en líneas precedentes con palabras de Medina, dos categorías de voluntario.

Así, la más restringida, que abraza solamente a los actos sometidos al poder confrontador de la razón, y la más amplia, que obviamente, comprende también a los actos humanos que proceden de la impulsividad y concupiscencia. Desde luego, quedan reducidos a un mínimo los actos que, realizados por el hombre, puedan llamarse involuntarios⁸².

Finalmente, referido a la justificación de la consecuencia jurídica derivada de la imputación penal y de sus modos de ejecución, parece ser que no tiene contenido ni fines morales. Así, Demade dice con fundamento, en que Dracón no ha escrito sus leyes sino con sangre, ya que cada vez que se le pregunta por qué ha establecido la pena muerte responde: “he creído que las más pequeñas culpas merecen esa pena, y no he encontrado otras para las más graves”⁸³.

⁸⁰ Ibid

⁸¹ Cfr. Aristóteles, citado en Medina, op. cit., pp. 134-135.

⁸² Medina, op. cit., p. 135.

⁸³ Plutarco (1838). Les vies des hommes illustres (t. I). Ricard (trad.). Paris, Francia: Editorial Didot, p. 143

En cambio, en los *orígenes de Roma*, encontramos las instituciones características de las formas penales primitivas. La pena busca la expiación, y sobresale la autoridad incontrastable del *pater familias*, con su derecho a castigar hasta la muerte a los que están sujetos a su potestad; también el rey tiene grandes poderes, aunque esto luego se essuavizando. Así, caída, la *monarquía*, se pierde el carácter expiatorio de la pena y se llega al monopolio del poder público en la represión de delitos. Puede afirmarse que la noticia histórica que se tiene sobre el origen o fundación de Roma es muy escasa. Se conoce con el nombre de *consorcios gentilicios preexistentes de la ciudad*, por lo que, es difícil precisar, cuál es en ese entonces el derecho penal, en los primeros tiempos que antecede a la fundación de Roma. Hay que situar que la etapa del desarrollo del derecho penal, la pena tiene carácter de expiación religiosa, es decir carácter sagrado de la pena, en el cual la venganza privada no solo es admitida, sino que es obligatoria para quienes pertenecen a la familia⁸⁴.

Conviene establecer, a nuestro juicio, al menos cuatro aspectos destacables del derecho romano, cuyos aportes para el derecho penal son relevantes, a saber:

1. La potestad sancionadora pasa a ser pública es decir solo el imperio y la república pueden sancionar además del *pater familias*;
2. La división de delitos en públicos (todos los que atentan contra el órgano estatal debidamente constituido); y, privados (todos los que atentan contra los individuos);
3. La tipificación de delitos como parricidio, violación, hurto, estafa, secuestro;
4. El desarrollo de los conceptos de las instituciones jurídicas del derecho penal tales como:
 - A] *El dolo*: entendido como una ecuación que consiste en el conocimiento más la voluntad.
 - B] *La tentativa*: entendido como los actos idóneos que conlleva a la comisión del delito.
 - C] *La complicidad*: entendido como las formas de participación del

⁸⁴ Grispigni, Filippo (1948). Derecho penal italiano (vol. I, 2ª ed.). Isidro de Benedetti (ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, pp. 92-96.

delito.

D] *La legítima defensa*: entendido como una de las causas de justificación por así decirlo.

E] *La fuerza irresistible*: misma, que se produce por eventos naturales o de terceras personas cuando la voluntad no puede ser controlada.

Finalmente, la *Ley de las XII Tablas* establece una previa determinación de los delitos privados fuera de los cuales no se admite la venganza privada, afirma el principio del talión, delimitador, además, de la citada venganza, y como medio para evitarla y regula la composición. Desde luego y de manera paulatina, se observa que más infracciones abandonan su carácter privado y pasan a formar parte de los *crimina pública*. Así, por ejemplo: incendio doloso, falso testimonio, hurto flagrante, reuniones nocturnas, corrupción del juez y la adivinación. En el *imperio*, con Augusto, la *accusatio* constituye el sistema ordinario, y comienzan a funcionar los tribunales competentes en la justicia penal, que son delegados del *imperator*. Así, el Digesto o Pandectas (*Libro del corpus justiniano*) en los libros 47 y 48 trata sobre materia criminal.

Los pueblos germanos y españoles

Damos muestra a continuación de todo cuanto nos cuentan Gustavo Radbruch y Enrique Gwinner, a juicio del profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo y el nuestro, forma parte de la protohistoria germana, enardecidamente en el castigo, al considerar que las penas, provenientes de una organización primitiva, poseían mucho de sacramental. Así, dicen los autores:

Las penas de muerte que los germanos [...], según todas las apariencias, de naturaleza sacramental; hay que concebirlas como sacrificios humanos: los ahorcados son ofrecidos a Eotan, el dios de las tempestades; los sepultados a divinidades subterráneas o especiales y propias del pantano donde se sacrifican. Una prueba explícita de esta naturaleza de sacrificio de la pena de muerte, no hay ciertamente sino hasta una fuente posterior, que al mismo

tiempo hace referencia a otro grupo más de la criminalidad germánica: los delitos contra el culto⁸⁵.

Como se sabe, en los primeros tiempos del derecho penal germano existe a plenitud tanto la venganza divina como la venganza de sangre. Después de la invasión bárbara se acrecienta el poder estatal, se limita la venganza de sangre que se extiende antes a la familia y se acepta la composición. Es cierto, que la pena, al principio, tiene solo el carácter de venganza y se va convirtiendo hacia el sentido intimidante.

Resulta novedoso, para la época, es el hecho de que los germanos son partidarios de que la concepción del delito es objetiva, y no piensan en la culpabilidad, sino en el resultado dañoso. Además, no parece existir la tentativa.

Así pues, por ello y desde luego, para los germanos el principal elemento en un delito es el daño causado y no la intención de causar dicho daño. El derecho penal germánico descansa sobre la premisa mayor de *“quien rompe la paz se coloca él mismo fuera de la paz”*, generándose una guerra entre el malhechor y su víctima, o simplemente, se traduce la guerra entre las *Sippes* de los involucrados⁸⁶.

De acuerdo con Hippel el derecho penal germánico está libre de influencias religiosas y subraya con reiteración la índole privada e incluso en las formas penales primitivas. Sin embargo, es evidente según expresión von Liszt que el derecho punitivo de los

⁸⁵ Radbruch, Gustavo, y Gwinner, Enrique (1955). Historia de la criminalidad. Barcelona, España: Bosch Casa Editorial. Cfr. Zavala, op. cit. p. 58.

⁸⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, 1992, p. 286. Además, Mezger, Edmund (1935). Tratado de derecho penal (2ª ed. vol. 1 y 2). J. A. Rodríguez Muñoz (trad.). Madrid, España: Editorial Revista de derecho privado; y, Soler, Sebastián (1945). Derecho penal argentino. Buenos Aires: Editorial La Ley.

germanos prehistóricos no puede librarse de aquella confusión entre el “mandato de [dios] y el estatuto de los hombres”⁸⁷.

En definitiva, el derecho penal germánico busca el restablecimiento de la paz social mediante la reparación. La concepción del delito es, durante largo tiempo, casi exclusivamente objetiva. Es decir, la responsabilidad se exige por un mero resultado (*Erfolgshaftung*) y por simple causación material (*Causalhaftung*)⁸⁸.

Es cierto, también que, en el derecho penal germánico, se atiende sólo al efecto dañoso del acto, y la pena es idéntica cuando el resultado sobreviene por caso fortuito: hay responsabilidad aun sin culpa. En efecto, si no hay daño, no hay pena. Además, no se castiga la tentativa. Con relación a los *pueblos españoles*, hay que advertir que, la nación aparece como una forma de vida –de existencia de una colectividad identificada por ella y empeñada en mantenerla que, algunas veces, aunque no necesariamente, va aparejada al Estado, como forma de organización política, del que es, además, fundamento.

Sin duda, este sentimiento, basamentado en la unidad cultural y étnica, es el que permite alcanzar la unidad política de los monarcas de la Edad Media⁸⁹.

Claras y precisas palabras las de Medina con relación al origen de la organización política estatal, encargada de crear los delitos e imponerlas consecuencias jurídicas, pena o venganza estatal. La venganza, como vínculo jurídico derivado de un poder,

⁸⁷ Cfr. Hippel, citado en Jiménez de Asúa, op. cit., p. 286.

⁸⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, op. cit., p. 288.

⁸⁹ Cfr. Medina, 1989, op. cit., p. 31.

constituye un sistema fundamental como dice el profesor Zavala Baquerizo “para castigar las ofensas particulares y sociales”⁹⁰.

Estas dos maneras de actuar son para nuestro autor: por un lado, si un miembro de la tribu, o un miembro de la gens, comete una ofensa contra la comunidad, surge de inmediato la guerra privada por la cual la tribu ofendida se vengaba de la tribu a la que pertenece el ofensor; y, por otro lado, si la ofensa la comete un miembro de la tribu contra la tribu a la que pertenece, el castigo es la expulsión de la comunidad. Esto significa, a la época, el equivalente de una pena de muerte, a plazo⁹¹.

Con el correr del tiempo, se conoce que España es conquistada por los romanos en el año 218 a.C., hasta la conclusión de la conquista en el año 19 a.C. Sin embargo, las costumbres del conjunto de pueblos se mantienen hasta que la romanización se hace más efectiva.

La primera legislación de la que se tiene conocimiento es la *Lex Coloniae Genitivae Juliae*, dictada por Cayo Julio César (100-44 a.C.) para la colonia de Urso en Bética en el año 44 a.C., se autoriza la prisión por deudas, se penaba la venalidad de los decenviros, etc. Se dictan otras leyes, entre ellas:

La *Lex Flavia Malacitana* destinada a Málaga que establece penas pecuniarias por Domiciano en el año 81-84 a.C., mediante la cual se reglamenta la “clientela”, se sanciona la obstrucción de los comicios y castiga a los defraudadores de la hacienda pública.

⁹⁰ Zavala, 1986a, op. cit., p. 60.

⁹¹ Ibid., p. 68.

La *Lex Flavia Salpensana*, dictada contra los que se niegan a prestar el juramento de fidelidad, y, la *Lex Metalis Vispacensis*, que establecía penas pecuniarias para los infractores de los convenios de arrendamiento de los servicios públicos⁹². Del Rosal, al referirse a esta época dice:

En las mismas constituciones y edictos imperiales hallamos alguna que otra disposición penal. [...] un edicto de Trajano a Arriano referente a la pena de los contumaces; un rescripto de Antonino Pío o Aurelio Marciano, que fija el procedimiento para perseguir y castigar los delitos de sevicia y corrupción de esclavos; una constitución del año 322 de Tiberio, conde de las Españas, señalando la pena que debe imponerse a los que ocultaren esclavos y otros textos más⁹³.

A inicio de la Edad Media, entre tanto, se pueden detectar lo que se ha denominado la España visigótica⁹⁴ y la España de la reconquista⁹⁵. La primera refiere que la España actual tiene en el imperio visigótico el inicio de su nacionalidad, por lo tanto, el verdadero rastreo histórico de la pena debe comenzar a partir de esta época.

⁹² Ibid.

⁹³ Del Rosal, Juan (1968). Tratado de derecho penal español: parte general. Madrid, España: publicado por Imprenta Aguirre, citado en Zavala, op. cit. pp.60-61.

⁹⁴ En efecto, “antes de la invasión de la Península, el Estado visigodo estaba

ya configurado con arreglo a una naturaleza política y no patrimonial”. Además, la España visigoda, “fue un Estado político, que tuvo como base y fundamento la relación política del rey, con jefe del Estado, con respecto a sus súbditos; el rey no era un gran señor con grandes propiedades y con la colaboración de los leales vasallos, sino el regente del estado que ostentaba el poder de jurisdicción sobre los súbditos, por lo tanto, se ha de considerar que era un Jefe de Estado” (Medina, 1989, op. cit., p. 81).

⁹⁵ Desde luego, no cabe duda, se presupone que, “la restauración de las señas de identidad del pueblo hispano, y la lucha, claro está, contra una cultura, no mejor ni peor, sino, que no era la hispánica, pero sí su negación, en el mejor sentido hegeliano del término. La Reconquista fue la negación de la negación, por ello la conformación definitiva del mundo hispano. Este razonamiento no creemos escapa a ninguna mente educada en el método dialéctico” (Medina, 1989, op. cit., p. 213). Estamos totalmente de acuerdo con el profesor Medina, porque a través de la técnica de la dialéctica descubrimos la verdad mediante la confrontación de argumentos contrarios entre sí, tal es el caso del pueblo hispano

No obstante, es necesario recordar aquí, que a la antigua legislación romana se une la influencia germana, misma que presenta un tinte individualista a decir del maestro Jorge Enrique Zavala Baquerizo— y tiene tres fuentes principales, a saber: a] el Código de Euricio o *Codex Euricianus* (466-488 d.C.); b] el Breviario de Alaricio o *Lex Romana Visigothorum* (506 d.C.); y, c] el Fuero Juzgo⁹⁶.

Siendo este último el más importante, y nos referiremos a continuación sobre las disposiciones penales que contiene. Entre tanto, se puede detectar lo que se denominó *Lex Visigothorum*, *Liber Iudiciorum* o Fuero de Juzgo, cuya redacción se inicia en el período del rey visigodo Chindasvinto (461-625 d.C.) y continuando con en el período del también rey visigodo Recesvinto (469-672). Pero para Montesquieu las leyes de los visigodos “son pueriles, torpes, insensatas; son exuberantes de retóricas, vacías de sentido, frívolas en el fondo, pero con estilo gigantesco”⁹⁷. Ligereza —por decir lo menos— es rectificada por Marina Martínez y por Zeumer, donde se destaca la opinión de Rosenfeld, que afirma que en las leyes visigodas se “encuentran juicios dignos de cualquier legislación en armonía con la manera como en nuestros días se comprende el Derecho público [...]”⁹⁸.

A juicio del autor de esta tesis, con palabras de Zavala Baquerizo “lo cual, como es de suponer, [que] ha herido profundamente el amor propio de los españoles los que, con toda razón, rechazan tan ligero comentario del ilustre autor francés”⁹⁹. Sin embargo,

⁹⁶ Cfr. Zavala, op. cit. p. 61.

⁹⁷ Montesquieu (2001). *Del espíritu de las leyes* (14^o ed.). México, D.F.: Editorial Porrúa. Libro Vigesimooctavo, capítulo primero, p. 471.

⁹⁸ Jiménez de Asúa, 1992, p. 702.

⁹⁹ Zavala, op. cit. p. 61. Además, el influjo de Montesquieu ha debido ser causa de que José Peco, siempre en la procura de erudición, haya tratado injustamente las leyes visigodas. Así, los “rasgos típicos” que cree se descubren en el “Fuero Juzgo”, “la arbitrariedad, la desigualdad y la inhumanidad”, no son características de las leyes de los visigodos españoles, sino de toda la época y hasta del ordenamiento jurídico del Imperio romano y se hallan sobradamente compensadas por otras en que

en el Fuero de Juzgo encontramos, como una cuestión digna de destacar: la personalización de la pena. Del mismo modo, hay que tener presente que, sin duda, que el cuerpo legal en referencia tiene una finalidad intimidatoria y lo establece muy bien claro¹⁰⁰. Así, quienes no sean ajenos al carácter intimidatorio de las penas en el Fuero de Juzgo, deben examinar que estas son de extrema severidad. Por ejemplo, el homosexualismo y la sodomía son sancionados con la castración de los culpables, la pena de muerte se aplicaba para el caso de envenenamiento, el homicidio de parientes próximos, el aborto seguido de la muerte del abortante. Aunque, no existe descripción detallada de la forma de cumplir con la pena de muerte, salvo el caso del delito de incendio de casa ajena que, emulando principios de la *lex talionis*, se castigaba con la muerte del incendiario en la pira.

El Libro XII, está dedicado a radicar las herejías, particularmente, dedicado a los judíos, como lo establece la Ley XI del referido libro, en el que se establece: “Cuemo deven ser penados los judíos que fazen contra la ley [...]”¹⁰¹. Con el correr de los siglos, fijemos nuestra mirada en los diversos fueros, como los de Madrid, Salamanca, Plasencia, etc., en todos se dispone la horca como un instrumento para la ejecución de la pena de muerte. También, se aplicaba el destierro, la pena pecuniaria debe ser cumplida por el culpable, o por sus parientes, retrocediendo la historia sobre la responsabilidad colectiva que, está prohibida.

Así, Alfonso X, el Sabio, en el siglo XII, realiza muchos esfuerzos para unificar la diversidad de *fueros regionales*, lo que consigue en 1255, lo que se conoce como

domina un exquisito espíritu de justicia, como en la afirmación de que la responsabilidad es estrictamente personal” (Jiménez de Asúa, op. cit., pp. 702-703).

¹⁰⁰ Así, lo establece: “Porque es fecha la ley. Esta es la razón porque es fecha la Ley, que la maldad de los omnes fuese refrenada, por medio de la, é que los buenos visquiesen seguramente entre malos; é que los malos fuesen penados por la ley, é dexasen de fazer mal por el miedo de la pena” (Cfr. Fuero Juzgo, Libro I, Título II, Ley V).

¹⁰¹ Cfr. Zavala, op. cit. p. 62.

Leyes de estilo y que forma parte de la Nueva y Novísima Recopilación. Luego, se da paso al Espéculo, que a decir de algunas expresiones recogidas por Del Rosal, no es más que un “mero ensayo de Las Partidas”¹⁰², lo que compartimos, por cuanto sólo de eso se trata: un ensayo.

De un modo explícito, por ejemplo, no hay que dejar de reconocer que, desde la perspectiva del pensamiento penal, *Las partidas* significan un progreso del derecho penal con relación al Fuero Real y con el Fuero Juzgo. Todo ello se proclama en La Partida VII una especie de “parte general” en donde se trata de definir el delito: “*malos fechos que se facen a placer de la una parte e a daño e a deshonra de la otra*”. De este modo, se incluye lo que posteriormente se conoce como imputabilidad disminuida, amén de las eximentes de responsabilidad, las atenuantes, etc.¹⁰³.

Con relación a la pena observamos la severidad en su aplicación, especialmente, cuando se trata del crimen de “*lesae majestatis*” como institución del derecho romano. Por ejemplo, penas como el degüello con espada o con cuchillo, pero “*non con seguir ni con foz de segar*”; la muerte en la pira; la horca; la entrega del condenado a las bestias salvajes; pero de manera especial se prohíbe el despeñamiento, la crucifixión y la lapidación. En cuanto a la ejecución de pena capital en el fuego, esta pena tiene especial reserva para los herejes, incendiarios y para quienes, sin duda, atentan contra la legitimidad de la moneda¹⁰⁴.

En el año 1567 nace la Nueva Recopilación en la época de Felipe II y dedica el Libro VIII a los asuntos penales y procesales. Hay que decirlo con toda franqueza que, esta

¹⁰² Cfr. Del Rosal, Juan (1968). Tratado de derecho penal español: parte general. Madrid, España: publicado por Imprenta Aguirre (citado en Zavala, op. cit. pp.62-63

¹⁰³ Cfr. Zavala, op. cit. pp. 62-63.

¹⁰⁴ Así, el condenado es encerrado dentro de un saco de cuero “con un can, e un gallo, e una culebra, e un ximio e después que fueran en el saco estas cuatro bestias cosan la boca del saco, e láncelos en el mar o en el río [...]” (La Partida VII, citada en Zavala, op. cit. p. 63).

nueva normativa es mal acabada, confusa y provocó reacciones de todos los sectores que la tratan. Surge una nueva pena: morir aseteado, seguramente heredada de las leyes de la Hermandad y se la impone a “los raptos de doncellas, monjas o viudas y para los que robaren o hurtaren por cantidad superior a 5000 maravedises, cuando estos hechos se cometen en yermo o en despoblado”¹⁰⁵.

En 1736, el rey Carlos IV, encarga a don Juan de la Reguera, que realice una recopilación de leyes, misma que es sancionada por el monarca y se publica el 15 de julio de 1805. Así, las cuestiones relacionadas con la pena se encuentran en el Libro XII en el que se repite la severidad de las penas. A su vez, toda persona mayor de 17 años “quedada dentro de la Corte y en las cinco lenguas de su rastro y distrito robare a otro con o sin acompañamiento, con o sin muerte o heridas, se le imponga, como también a sus cómplices, pena capital”¹⁰⁶. Aunque, las penas son atenuadas por otras *pragmáticas*. En consecuencia, a partir del inicio del siglo XIX empieza la codificación singular del derecho penal español.

Una breve mirada a las etapas evolutivas de la pena

Como se puede advertir, el profesor Zavala Baquerizo afirma “que la pena siempre ha existido con el fundamento, estructura y finalidades como actualmente se la acepta”¹⁰⁷. No obstante, hay que diferenciar lo que significaba un mero castigo de lo que significaba pena desde el punto de vista social y jurídico, apunta nuestro autor. Es evidente que el castigo no está encerrado en normas inflexibles, ni se encuentra previsto dentro de la organización social, ni ésta vive protegiéndose con el castigo. Por consiguiente, el castigo varía, desde el azote hasta la expulsión del hogar en los casos graves. Es decir, quedaba al arbitrio del jefe de familia, quien, además, se reserva el

¹⁰⁵ *ibid.*

¹⁰⁶ Novísima recopilación de las leyes españolas (1846). Tomo IV. Libro XII (citado en Zavala, op. cit. p. 64).

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 67.

derecho de perdonar antes y después de imponer el castigo. En cambio, la pena no reúne las características ínsitas en el castigo.

Habría que decir también, que resulta cierto que en la evolución de la sociedad poco a poco se van superponiendo las dos concepciones a extremos tales que se llega a decir que “la pena es el castigo impuesto por el Estado para el que se ha atrevido a desafiar la norma religiosa, moral, o jurídica”¹⁰⁸. En consecuencia, ha de predicarse que no se puede calificar de pena la reacción social de un grupo de individuos que, en presencia de la comisión de un delito, procede a matar al infractor antes que pueda intervenir la autoridad competente y sin que sea sometido el infractor previamente a un debido proceso penal.

En opinión de Zavala Baquerizo, se puede afirmar que cuando los hombres y mujeres comienzan a organizarse y a identificarse con ciertos actos que son repetidos dentro de un mismo grupo, es decir, cuando la costumbre toma autoridad por la repetición habitual, entonces, se puede afirmar que la acción castigadora puesta en manos de las familias a través de sus titulares, se desplazó hacia el jefe del grupo, o hacia el brujo, según las organizaciones sociales dependientes del más fuerte o regidas por la superstición.

A su vez, convenimos en indicar que la costumbre es la fuente de las normas permitidas. El profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo, desde otra perspectiva considera que “la costumbre es capaz de originar las conductas permitidas y las prohibidas. Las primeras, cuando no se las asocia con ningún daño a la sociedad, o al individuo; las segundas, al contrario, cuando se las relaciona con fenómenos perjudiciales”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Ibid., p. 68

¹⁰⁹ Ibid., p. 69.

Lo afirmado guarda plena correspondencia en la actualidad, antela idea principal que plantea el autor es que el desarrollo de la pena ha cruzado por las siguientes etapas: a) etapa del salvajismo; b) etapa de barbarie fundamentada en el endurecimiento limitado de la pena a través del talión; y, c) etapa de prehumanización. Consecuentemente, por eso, “se debe tener presente que el paso de una etapa a otra no es brusco, sino que, como sucede en toda evolución social, entre una y otra hubo períodos de transición que son eliminando poco a poco lo antiguo para dar paso a lo nuevo”¹¹⁰.

Ahora demos a continuación un vistazo breve a la evolución histórica de las penas, siguiendo a nuestro profesor, sin olvidar que, la historia resulta ser para Miguel de Cervantes “[...] émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo del pasado, ejemplo y aviso del presente, advertencia del porvenir”¹¹¹. Así, la historia sigue siendo hasta hoy en día, lo mismo, con la diferencia ahora, de los dispositivos informáticos.

Esta primera etapa, es considerada por la mayoría de la doctrina¹¹² como el punto de partida de la represión. Pues, el quebrantamiento del bien propio y personal, traía como consecuencia la venganza del ofendido o de sus familiares. Es decir, que cuando la reacción provenía de la víctima, se le atribuye el nombre de venganza privada; y cuando esta proviene de los parientes de la víctima, toma el nombre de venganza de sangre. En esta etapa se carece de pena en el sentido jurídico de la expresión. Sólo

¹¹⁰ Ibid., p. 68.

¹¹¹ Cfr. Cervantes, citado en Vizcaíno Marín, Rafael, 2002. Las rimas morales del abuelo. San Vicente (Alicante), España: Editorial Club Universitario, p. 61

¹¹² Cfr. Quirós, Constancio Bernaldo de (1940). Cursillo de criminología y derecho penal. Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo. Trujillo, República Dominicana: Editorial Montalvo. Middendorff, Wolf (1961). Sociología del delito. José María Rodríguez Devesa (trad.) Madrid, España: Revista de Occidente. Hentig, Han von (1968). La pena II. José María Rodríguez Devesa (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe S.A.

se conoce el castigo como reacción frente a la acción dañina del infractor. Middendorff al referirse a los tiempos primitivos más evolucionados nos dice que: autor y ofendido no son considerados como individuos, sino que serán siempre una familia lesionada y otra familia la que pasa por autor y tiene que pagar, por lo tanto, la indemnización¹¹³.

De lo que, sin exageración se colige como la caracterización de la venganza privada, en la que efectivamente, se producen excesos de tal naturaleza que muy bien se percibe dentro del contexto de la comunidad primitiva. Es, la primera etapa evolutiva de la historia de la pena que se caracteriza por ser autodefensiva de carácter individual y familiar, como bien lo expone el profesor Zavala Baquerizo:

No hay que olvidar que aquel que asume el castigo por su propia mano jamás tiene en su mente hacer al ofensor el “mismo” mal que este le infiere, sino que la satisfacción de la venganza radica precisamente en dar lo que el ofensor da y un “plus”, un “además”, que haga sentir al victimario la tontería que ha cometido al desafiar al vengador. La venganza, pues es la obra humana sin límites alguno y que sólo está reservada a quien debe ejecutarla¹¹⁴.

En estos términos, la etapa salvaje de la pena traduce la idea de que la responsabilidad (penal) no quedaba limitada única y exclusivamente al autor de la ofensa como en la actualidad, sino que todos los pertenecientes a la familia del ofensor, deben sufrir las consecuencias (jurídicas) de la ofensa.

Como afirma, von Hentig apoyado en el criterio de Kraus que “en la antigua China son decapitados todos los parientes masculinos del culpable de alta traición: padre, abuelo, hijos, nietos, tíos y los hijos de todos ellos”¹¹⁵. Es decir, que todos los pertenecientes a

¹¹³Cfr. Middendorff, citado en Zavala, op. cit., p. 69.

¹¹⁴ Zavala, op. cit., p. 70.

¹¹⁵ Hentig, Hans von (1967). La pena I. José María Rodríguez Devesa (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe S.A., p. 15. Cfr. Zavala, op. cit., p. 70.

la familia del ofensor deben sufrir las consecuencias de la falta o, mejor dicho, infracción. Finalmente, como es de imaginarse, en la época salvaje a la que se refiere Hans von Hentig, ilustre profesor de criminología de la Universidad de Bonn sólo al final de su vida, porque estuvo mucho tiempo en Estados Unidos, huido de los nazis corresponde a la etapa bárbara de la pena como vemos más adelante. Sin embargo, se puede afirmar que la responsabilidad colectiva en la etapa salvaje es asimilada como consecuencia derivada de los excesos de la venganza de sangre.

La ley del talión trata de un asunto punitivo tan complejo debido al exceso de la venganza individual y colectiva que, sin duda, conmueve a la sociedad, por lo que hay una reacción contra autodefensa o auto-exilio, lo que constituye el punto de partida de la ley del talión, paradigma de la etapa bárbara por la que atraviesa la humanidad. La ley del talión aparece como un catálogo de penas tasadas.

Como es de suponerse, hay la necesidad de contener las atrocidades de la venganza, puesto que como queda dicha la responsabilidad penal no queda limitada al autor del delito, sino que todos los miembros de la familia del ofensor, deben sufrir las consecuencias de la infracción. Así, aparecen sucesivas limitaciones, que preparan el advenimiento de la ley del talión, como primera limitación contra tanta barbarie de la época, se concreta en el procedimiento conocido como: “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie”, de lo que se colige que el castigo o la pena debe ser equivalente a la falta cometida, en otras palabras, a un mal corresponde otro igual. Se debe pensar que la ley en referencia tiene como finalidad el afán compulsivo de la venganza, propio e inherente a la naturaleza y grado cultural de la época. Por ello, no deja de ser un signo de barbarie, pese haberse notado un remoto progreso, que se impuso como obstáculo a la intuición malévolas del hombre y la mujer, de tal manera que, modera dichas exageraciones.

Lo que desde luego se puede afirmar que en el *Código de Hammurabi*¹¹⁶, se llega a sintetizar en mucho lo que ya se han previsto en otras civilizaciones precedentes. Antes, que Hammurabi reine sobre Babilonia, los sumerios han desarrollado una gran civilización, tal vez la primera en crear y mantener una cultura original. Este pueblo no semita está en constante lucha con el reino de Akaad, de origen semita, el cual termina absorbiendo a los sumerios, quienes sin embargo influyen en el desarrollo de la cultura de Akaad. Desde Ur, ciudad sumeria, el rey Urengur, logra dominar el Asia Occidental bajo su mando y promulgó un conjunto de leyes para todos sus dominios. Además, para nuestro autor se presume que a base de esta legislación es que Hammurabi redacta su famoso código. No cabe duda, que este conjunto de leyes para dichos pueblos proviene de origen divino. Así pues, Samas (dios del sol) le hace entrega a *Hammurabi* de las leyes que el emperador debe hacer conocer a su pueblo, similar aspecto encontramos en el *Viejo Testamento*, cuando nos narra que Jehová le entrega las leyes a *Moisés*, encargándole el cumplimiento de las leyes sagradas. Esto implica que en dichos textos la ley del tali6n encuentra su conformaci6n.

Por lo que, Zavala Baquerizo apunta que, frente a la *costumbre*, “es indudable que, aunque no escrita, la ley del tali6n toma cuerpo en algunas organizaciones sociales primitivas que han logrado aceptar determinadas normas que obligan a todos sus miembros”¹¹⁷. He ah6 lo que nos hace pensar que, en esta etapa de progreso hist6rico

¹¹⁶ Este c6digo data del a6o 2250 a.C., y es uno de los m6s antiguos que la comunidad cient6fica universal conoce. As6 pues, este c6digo es redactado por Hammurabi rey de Babilonia [La grande]. Desde luego, la mejor copia conocida del c6digo de Hammurabi est6 grabada en una estela de diorita negra, de 2.25 metros de altura, descubierta en la acrópolis de Susa –la capital Elamita, situada a unos 250 kil6metros al norte del puerto petrolero de Abad6n, en Ir6n– por la Expedici6n Arqueol6gica francesa, encabezada por J. de Morgan, durante los meses de diciembre de 1901 y enero de 1902. La estela es tra6da al Museo del Louvre, en Paris, donde se encuentra actualmente. Est6 bien conservada excepto en su parte inferior, donde hay unas siete columnas muy deterioradas, con lo cual se pierden unas 35 a 40 cl6usulas del texto legal. Es el 6nico “c6digo” primitivo que ha sobrevivido en la piedra original en que es publicado. La autenticidad del texto es incuestionable (Cfr. Drapkin, 1982, p. 326).

¹¹⁷ Zavala, op. cit., p. 71.

de la pena, todas las leyes tienen origen divino, por lo tanto, la desobediencia constituye un pecado y el mismo ofende a la divinidad. Lo que a nosotros interesa es subrayar que el *Código de Hammurabi* contiene disposiciones civiles y penales.

Como puede observarse de esta distinción en este texto o mejor dicho la diferencia clara entre hombres libres y esclavos y establece penas para varios delitos. De este modo, la *composición*, consiste en la devolución del triple de lo tomado, y se admite en los casos de algunos delitos meramente patrimoniales. De conformidad con la época cultural, los esclavos y los niños son considerados como cosas, por lo que pueden ser objetos de hurto. En este sentido, las penas establecidas en dicho código, son drásticas y de aplicación inmediata. Por ejemplo, el que comete un hurto aprovechando un incendio, es echado a las llamas; la mujer que comete adulterio es arrojada al río con las manos ligadas. Otra de las penas es también, expulsar al infractor de la ciudad, misma que se aplicaba a los delitos menores. Asimismo, se considera gravísima la ingratitud para con los padres.

En resumen, el principio talional prevalece en toda esa legislación, pues, se devuelve “lesión por lesión y, muerte por muerte”¹¹⁸. A partir de la vigencia del talión ya se puede hablar de la pena propiamente dicha en sentido jurídico. Se trata de una sanción de carácter social, aprobada por la comunidad, e impuesta por quien representa a esta. Sin duda, se puede decir con Zavala Baquerizo que esta etapa de desarrollo o progreso de la pena, denominada “etapa bárbara” “se extiende desde la constitución de los grupos sociales con conciencia de la necesidad de protegerse orgánicamente, en donde es posible la limitación del exceso proveniente de la venganza primitiva, hasta entrado ya el siglo XVIII”¹¹⁹.

¹¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1977). Tratado de derecho penal. Parte general. Buenos Aires, Argentina: Ediar, p. 325

¹¹⁹ Zavala, 1986a, op. cit., p. 75.

La etapa bárbara de la pena comprende la ley del talión tanto objetiva como simbólicamente considerada, amén de la pena infamante como la picota. La parte objetiva del talión consiste en que muy bien se puede causar al infractor el mismo mal que causa a su víctima. Por ejemplo: cuando deja tuerta a una persona por una acción agresiva, por lo que el mismo daño puede hacersele al autor. En cambio, la parte simbólica del talión consiste en que se procuraba hacer recaer el daño en la parte del cuerpo del ofensor que, simbólicamente, representa el órgano dañado de la víctima. Por ejemplo, para la violación, la castración; para el difamador, la ablación de la lengua; para el ladrón, la mutilación de la mano, etc.

Finalmente, nuestro autor destaca como característica de esta etapa bárbara de la pena aquella por lo que, cuando ya se establece una organización socio-política y se constituyen los primeros Estados, el castigo pierde uno de los elementos fundamentales cuál es el de ser disponible por los ofendidos, y pasa a ser un poder privativo del Estado. A la sazón, no sólo se pena como castigo, es decir, como simple retribución, sino que se pena para castigar. Dicho de otra manera y en palabras de Zavala Baquerizo,

Se pena para castigar, es decir, para hacer sentir al penado, hasta el momento de su muerte, el peso de la ley estatal y para demostrar al pueblo que la pena no sólo es una abstracción, sino que es una realidad, efectiva y cruel¹²⁰.

Además, otra forma cruel de castigo, resulta ser la picota que consiste en la exposición del malhechor en un lugar público, generalmente en la plaza del mercado para el pueblo conozca al infractor, y las razones por lo que este es objeto de burla y desprecio de sus semejantes y regularmente se le falta de obra, lanzándole piedras,

¹²⁰ Ibid., p. 75.

desperdicios, escupiéndolo o abofeteándolo, no obstante, previo a este tipo de castigo es tremendamente azotado¹²¹.

La etapa de prehumanización. Con independencia de lo hasta ahora dicho, Zavala Baquerizo al igual que otros autores, como Constancio Bernaldo de Quirós¹²² sostiene, que para neutralizar los excesos de las etapas anteriores, particularmente, la de la venganza pública, surge como consecuencia, una reacción humanitaria contra dichos excesos, cuyo punto de partida lo encontramos en el derecho canónico, puesto que considera e introdujo como normas el derecho de asilo lo que permite de alguna manera limitar la venganza privada; además, se incorpora a la justicia penal el principio de la responsabilidad penal del delincuente, fundamentándose en el libre albedrío.

Esta etapa, empieza en el siglo XVIII bajo la influencia de los principios filosóficos liberales del iluminismo que determina la transformación del derecho penal. Lo que se confirma con el pensamiento iusnaturalismo racionalista, desarrollado por Hugo Grocio y muchos filósofos que interponen sus criterios para la reforma penal, tales como: Thomas Hobbes y John Locke en Inglaterra; Baruch Spinoza en Holanda; Samuel von Pufendorf en Alemania¹²³; y en Francia Denis Diderot, Jean Le Rond D'Alembert,

¹²¹ Ibid., pp. 75-76.

¹²² Cfr. Bernaldo de Quirós, Constancio (1907). *La picota: crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*. Madrid, España: Editorial V. Suárez.

¹²³ Pufendorf, es el más importante filósofo de la escuela racionalista del derecho natural alemana, junto con Cristian Wolff y Tomasio, sobre la reforma penal. Además, en su "Elementa" desarrolla por primera vez, el concepto de imputación (imputatio). Así, la imputación puede ser ordinaria, esto es, que permite enlazar dos términos como consecuencia lógica el uno del otro, o bien extraordinaria. Esta última tiene lugar, cuando el sucedáneo (surrogat) es tratado como suficiente sustitución para el faltante elemento constitutivo de delito. Es cierto que, este autor diferencia y pone en marcha dos formas de la capacidad de dejar que algo suceda o no (Cfr. Pufendorf, Samuel, von, 1960. *Elementa iurisprudentiae universales*, Libro II, axioma I, § 7). El autor no se aleja mucho de la doctrina aristotélica, aunque, al momento de considerar los elementos hobbesianos en su teoría jurídica, se deduce, que la semejanza entre el filósofo alemán y la tradición aristotélica no es diferente. de la libertad extendida como facultad moral legítima (Cfr. Carpintero, Francisco et al., (2003). *El derecho subjetivo en su historia*. Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, pp. 249-250.).

Paul Henri Thiry, Barón d'Holbach, Claude Adrien Helvétius y, sobre todo los filósofos del quilate de Montesquieu⁶⁸⁷, Voltaire⁶⁸⁸ y, Juan Jacobo Rousseau, quienes ejercen influencia sobre el destacado jurista inglés Jeremy Bentham, quien a su vez influye notoriamente en otros penalistas de la época.

Y, sin ninguna duda, también han influenciado en el autor ecuatoriano. Así, la corriente iusnaturalista-racionalista¹²⁴, en Alemania es definitivamente orientada bajo la influencia indiscutible del pensamiento del filósofo Immanuel Kant, notándose que el más célebre de esta tendencia resulta ser Paul Anselm von Feuerbach¹²⁵.

En Italia, frente a esta transformación del derecho, como nueva estructura de la sociedad, aparece Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, quien se convierte en el verdadero renovador del derecho penal, puesto que, en 1764, cuando contaba apenas con veintiséis años publica su célebre obra, en forma anónima, misma que trasmite su nombre a la posteridad, titulada *Dei delitti e delle pene: De los delitos y de las penas*. Beccaria, dirigiéndose al traductor de su obra el francés Morellet, le decía:

Debo decir que tuve ante mis ojos, escribiendo, los ejemplos de Maquiavelo, de Galileo y de Gianoni. He oído el ruido de las cadenas que sacuden la superstición y el fanatismo, ahogando los gemidos de la verdad. La contemplación de ese espectáculo espantoso me determina, a veces, a

¹²⁴ Resulta imprescindible distinguir a estos efectos, si bien excede del objeto de este trabajo, entre el iusnaturalismo clásico, representado por una línea de pensamiento que nace en Cicerón, pasa por la escolástica y culmina en Santo Tomás de Aquino (felizmente prolongado por la llamada Escuela española de Derecho Natural en el S. XVI) y la llamada escuela de derecho natural racional, o de derecho de gentes, que, surgida en territorio reformado (Alemania, Países Bajos, Suecia, etc.) es a la que nos referimos aquí.

¹²⁵ Es considerado por los juristas alemanes como el "padre de la moderna ciencia penal", es autor de un Tratado de derecho penal y redactó el Código Penal de Bavaria en 1813. Además, es quien ubicó el fundamento de la pena en la intimidación psicológica que la misma debe ejercer sobre los individuos. Feuerbach es el primero en acuñar el aforismo latino "nullum crimen, nulla poena sine lege". Al respecto, véase, Mezger, Edmund (1990). Derecho penal. Parte general. Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, México, pp. 40-42

envolver la luz con nubes. He querido defender a la Humanidad sin hacerme su mártir¹²⁶.

Continúa diciéndole Beccaria a su traductor, que todo cuanto ha creado se lo debe a libros franceses, que ellos son los que desarrollan en su espíritu los sentimientos de humanidad, ahogados por ocho años de educación fanática¹²⁷. Sin embargo, Beccaria, reconoce que D'Alembert, Diderot, Helvecio, Buffon, Humeson nombres ilustres, que no se pueden oír ni pronunciar sin conmoverse, por cuanto sus obras inmortales son de su continua lectura; por tanto, el objeto de sus ocupaciones durante el día y de sus meditaciones en el silencio de la noche. Confiesa también, que efectivamente, de cinco años data la época de su conversión a la filosofía y se lo debe a la lectura de *Lettres persannes*. Le dice también, que la segunda obra que revoluciona su espíritu es la de Helvecio, pues, es quien le inspira, la suficiente fuerza para transitar por el camino de la verdad y quien, además, despierta su atención antes que nadie, sobre la ceguera y los errores de la humanidad. Concluyendo que, le debe a la lectura de *L'esprit* una gran parte de sus ideas.

Lo dicho nos hace pensar que Beccaria es influenciado por la época de las Luces al momento de escribir su obra monumental que lo lleva hasta la posteridad. Seguramente, debido a lo expuesto en líneas anteriores varios autores le restan originalidad a la obra de Beccaria, aunque lo que “no puede en cambio ponerse en duda que ha sido el hombre que mayor influencia ha tenido en la historia sobre la

¹²⁶ Bonesana Cesar, Marqués de Beccaria (1978). Tratado de los delitos y de las penas. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., p. 20.

¹²⁷ Beccaria se refiere a su permanencia, durante ocho años, en el Colegio de Jesuitas de Parma. Su reacción frente a estos es la misma de un Voltaire, un Diderot y un Helvecio, entre otros, quienes también son educados, en las etapas iniciales de sus vidas por los discípulos de San Ignacio de Loyola

formación de una legislación positiva inspirada en sus ideas”¹²⁸, lo que compartimos plenamente.

Decir lo contrario, resulta cegar los oídos a la ciencia, especialmente, al progreso histórico del derecho penal. Así, para los estudiosos de esta disciplina, a Beccaria se lo conoce como el iniciador del derecho penal humanista, y consecuentemente el mayor representante de la etapa del humanitarismo. Paralelamente a este movimiento reformista iniciado por él, en Europa se desenvuelve otro movimiento de humanización de la justicia penal, lo que permitió que se piense en una ciencia penal, con disposiciones estructuradas que tome en consideración no sólo al delito como hecho antijurídico, sino también, al sujeto activo del delito, persiguiendo una meta: la defensa social.

Con Beccaria se consigue humanizar al derecho penal, lo que para otros es el derecho de castigar, y, sobre todo, sustenta una tesis científica sobre el estudio del delito, del sujeto activo, del sujeto pasivo y del objeto del delito, esgrimida con muchísima probidad y diligencia, pesea que no es jurista. En síntesis, este autor propugnó un derecho penal renovador cuyos principios fundamentales los sintetizamos de la siguiente manera:

1º. Las normas no pueden ser más el instrumento de las pasiones de unos pocos, sino que deben ser hechas por un frío observador de la naturaleza humana, misión únicamente del legislador. Por ello, Beccaria afirma que “[...] sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador [...]”¹²⁹, es decir, que el legislador representa a toda la sociedad unida a

¹²⁸ Etcheberry, Alfredo (1986). Derecho penal. Santiago de Chile: Editora Nacional Gabriela Mistral, p. 27.

¹²⁹ Beccaria, 1978, op. cit., p. 61.

través del contrato social. En definitiva, nos encontramos frente al “principio de legalidad”.

2º. Las leyes deben obligar en general a todos los ciudadanos, de manera que, “ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”¹³⁰. Está prohibido a los magistrados hacer interpretación arbitraria de la ley, sino su mera aplicación. Así, el autor acuña la idea del principio de “prohibición de creación de derecho por los jueces”¹³¹.

3º. Beccaria critica la tortura, la severidad y abusos de la ley criminal sin relación con el hecho cometido y advierte que “[...] más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida de los estímulos que los inducen a cometerles. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas”¹³². El autor rubrica el principio de proporcionalidad entre delitos y las penas.

4º. Es importante resaltar la construcción de indicios y formas de juicios, Beccaria invoca el principio de publicidad en el contexto del sistema probatorio dice que sean públicos

los juicios, y públicas las pruebas del relato, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos; dictamen que inspira esfuerzo, y que equivale a un tributo para el Soberano, que entiende sus verdaderos intereses¹³³.

¹³⁰ Ibid., p. 62

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid., p. 68.

¹³³ Ibid., p. 84.

5º. Además, Beccaria (1978) considera que: [...] el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...], pues, no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales”¹³⁴.

En síntesis, las penas y los métodos deberán ser escogidas para imponerlas guardando la debida proporción entre el delito y la pena menos dolorosa sobre el cuerpo del reo. De todo aquello Beccaria extrae un teorema general muy útil, a saber: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos, contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”¹³⁵.

El pensamiento de Beccaria seguido por Zavala Baquerizo resulta por demás claro y fundamental, válido hasta ahora y que defiende el poder de un Estado para administrar justicia dentro de su territorio, aunque existe en los últimos tiempos fuertes corrientes que justifican por excepción el proceso de la persona en cualquier lugar del globo en que se encontraren si hubiesen cometido alguno de los delitos llamados internacionales, como el terrorismo, tráfico de drogas, etc.

No hay que olvidar, en este apartado, que la comunidad internacional cuenta en la actualidad con el funcionamiento de la Corte Penal Internacional¹³⁶, cuya sede se

¹³⁴ Ibid., pp. 79-80.

¹³⁵ Ibid., p. 165.

¹³⁶ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es aprobado el 17 de julio de 1988 por la Conferencia de las Naciones Unidas, donde se encuentran determinados los principios generales del derecho penal, entre ellos citamos: “nullum crimen sine lege”, “nulla poena sine lege”, “ratione personae”. Además, es enmendado por los procèsverbaux de 10 de noviembre de 1998; 12 de julio de

encuentra en la ciudad de Roma. Desde luego, que las ideas innovadoras de Beccaria sirven de base a la escuela penal clásica, y hallan por primera vez locución legal en el Código Penal francés de 1810, y años después, son publicadas en el Código belga de 1870. Sin embargo, de manera similar al movimiento reformador iniciado por Beccaria, se dilucida en Europa otro movimiento de humanización de la justicia penal, aunque de menor amplitud, porque se refiere únicamente a la reforma carcelaria. La inicia el filántropo inglés John Howard¹³⁷. Se dice que, por ser *Sheriff* de *Bedfordshire*, consigue Howard imponerse de las funestas condiciones en que se hallan las prisiones de Inglaterra; desarrollando sus observaciones por toda Europa y en el año 1777 publicó su *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*¹³⁸.

En efecto, los principios que, según Howard¹³⁹, deben servir de base a la reforma carcelaria son los siguientes: buen régimen higiénico y alimenticio; disciplina diferente para los procesados y los condenados; educación moral, religiosa y profesional; trabajo obligatorio de los reclusos y separación por sexos y por edades; régimen celular; acortamiento de las condenas y otorgamiento de certificados de conducta a los reos al abandonar la prisión¹⁴⁰.

1999; 30 de noviembre de 1999; 8 de mayo de 2000; 17 de enero de 2001; y, 16 de enero de 2002. Entró en vigor el 1 de julio de 2002 y se mantiene en la actualidad sin reforma alguna

¹³⁷ Así, el nacimiento del insigne filántropo inglés, es económicamente feliz;

su muerte es dolorosamente solitaria, consecuencia de su afán por mejorar todo lo que, en su época, son instituciones carcelarias, hospitales de epidemias, o lazaretos, como bien afirma el profesor Zavala Baquerizo.

¹³⁸ Labatut Glenda, Gustavo (1979). Derecho penal (8ª. ed., vol. 1). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 37.

¹³⁹ Las ideas de Howard, no obstante, son acogidas con mucha simpatía, no se pueden fructificar de inmediato en Europa, debido a la situación internacional de la época. La reforma carcelaria es iniciada en los Estados Unidos de América, en donde las concepciones humanitarias del filántropo inglés son difundidas por Benjamín Franklin, conforme afirma Labatut (1979).

¹⁴⁰ Labatut, op. cit., p. 37.

No hay que olvidar que quien entró en contacto con la realidad carcelaria de Inglaterra en esa época es Sheriff, pues, no sólo se limitó a la investigación de las prisiones de su zona, sino que visita otros lugares de privación de la libertad tanto en Inglaterra y Gales, primero y luego en diversas partes del mundo en un recorrido que don Constancio Bernaldo de Quirós llama a la obra de Howard el “*Informe sobre la geografía del dolor*”¹⁴¹, y abarca cerca de cuarenta y cinco mil millas.

Por doquier encuentra la promiscuidad sexual en las prisiones, entre otras insalubridades en los llamados calabozos, como bien afirman nuestro autor. Obsérvese que Howard tiene insignes predecesores en España, entre ellos Tomás Cerdán de Tallada¹⁴² que, en 1574, más de dos siglos antes de la publicación de la obra monumental *Estado de las prisiones*, escribe su *Visita de la cárcel y de los presos de Valencia*, obra en la cual defiende ideas similares a las contenidas en el libro de Howard, siguiendo una tradición que inician las *Partidas* y que recogerá más adelante la legislación castellana y la indiana.

Además, Cerdán de Tallada¹⁴³ sostiene que los presos deben llevar una vida básicamente higiénica, separados por sexos y según su grado de moralidad como medio, esto último, de evitar el contagio carcelario y ser sometidos a tratamientos diferentes, de acuerdo con la gravedad de sus delitos.

Las *Partidas* han dispuesto la separación entre hombres y mujeres, la libertad de los detenidos cuyas causas durasen más de dos años en su tramitación y el castigo de los carceleros que den malos tratos a los reclusos.

¹⁴¹Cfr. Bernaldo de Quirós, Constancio (citado en Rodríguez Manzanera, Luis, 1981. *Criminología*. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., p. 191).

¹⁴² Cfr. Cerdán de Tallada (citado en Labatut, op. cit., p. 37).

¹⁴³ Ibid.

Sobre todo, la doctrina infiere que dicha etapa es conocida como *humanitarismo o iluminismo*, y que como escuela toma el nombre o se ubica en la conocida escuela clásica. Otra cuestión que llama mucho la atención, es que, a pesar del progreso del derecho penal en esta etapa, la delincuencia no decrecía. Sin embargo, se dijo ya, que el sistema es deficiente. Ello es debido a que la escuela clásica sólo toma en cuenta el delito y no al delincuente; no ha considerado que el delito puede obedecer a causas medioambientales del medio físico y social, causas personales y propias del delincuente: en total a factores endógenos y exógenos¹⁴⁴.

En resumen, en esta etapa se desarrolla toda una tendencia de ideas liberales en materia filosófico-política, que influyen directamente en la construcción de un nuevo derecho penal, tendiente a la eliminación del tormento y la limitación de la pena de muerte; la legalidad de los delitos y las penas, el cumplimiento u observancia de las garantías procesales, y en general, el respeto a la persona humana. Bentham, también, se destaca dentro del contexto de la etapa de la pre humanización de la pena al propugnar que la utilidad de la mayoría debe ser el punto final hacia el cual deben dirigirse las leyes. Bentham es discípulo de Howard, quien elabora por encargo del rey Jorge III de Inglaterra, un modelo de cárcel en 1791 por la que ambos entran en conflicto, razón por la que, este, profundiza la idea disciplinaria de su mentor con mucha más fuerza en su modelo denominado *Panóptico*: (pan-todo; óptico-visión) en la que desarrolla un proyecto arquitectónico,

¹⁴⁴ Cfr. Guzmán Lara, Aníbal (1977). Diccionario explicativo del derecho penal ecuatoriano (vol. I). Quito, Ecuador: Editorial. Época.

En donde considera la necesidad de que la construcción de los presidios se la haga en forma tal que, partiendo de una torre circular de vigilancia en la mitad, se extiendan las alas contentivas de las celdas, por lo que un solo vigilante, desde el centro de la torre, puede tener el control de todas las alas y, por ende, de las respectivas celdas¹⁴⁵.

En síntesis, de dicha configuración es que proviene su nombre: “panóptico”. Es decir, que sólo basta una mirada que vigile, y cada uno, sintiéndola sobre sí, termina por interiorizarla hasta el punto de vigilarse a sí mismo, pero sabiendo que en todo momento pueden ser objeto de control a través de la visión total. De esta forma, Bentham por su trabajo penológico es iniciador de las ciencias penitenciarias y un teórico utilitarista de la pena, al sustentar una concepción utilitaria de la pena. En efecto, la pena debe servir para la reinserción del reo a la sociedad, pues, no solamente debe servir para castigar¹⁴⁶. Bentham, se da cuenta de que el “panóptico” es una gran invención no sólo útil para una cárcel, sino también para las fábricas. Si bien su modelo es criticado aunque él lo consideraba una genialidad, de alguna forma todas las cárceles, escuelas y fábricas a partir de aquella época se construyeron con el modelo panóptico de vigilancia.

En cuanto a la organización de estos centros penitenciarios Bentham se pronuncia por el sistema propugnado por Howard en cuanto a la higiene, alimentación, trabajo, separación de sexo. Al mismo tiempo, considera conveniente que una vez liberados los presos deben ser orientados y atendidos para evitar que reincidan o vuelvan a ser víctimas de la sociedad¹⁴⁷. No hay que olvidar, en esta parte, que Bentham, a través del “panóptico” perfila el modo de ejecución de las penas. Sin duda, otra de las obras

¹⁴⁵ Zavala, op. cit., p. 97.

¹⁴⁶ Cfr. Bentham, Jeremías (1838). Teoría de las penas y las recompensas (3ª ed.) Estevan Dumont (editor). Barcelona, España: Editorial Imprenta de Manuel Sauri.

¹⁴⁷ Zavala, op. cit., p. 98.

de Bentham influyente en la época es la *Teoría de las penas y las recompensas*, quien afirma que las penas deben corregir y ser proporcional al delito¹⁴⁸. El fundamento de la pena radica en la mayor utilidad respecto del delito. En este autor, resulta muy firme la convicción de que el daño puede manifestarse en cuatro formas, a saber:

- 1ª. Físico o natural, sin intervención del hombre;
- 2ª. Moral o social como reacción espontánea del grupo social en que vive el sujeto;
- 3ª. Política o legal, como consecuencia de la intervención del magistrado; y,
- 4ª. Religiosa, producto de las amenazas de la religión.

Además, Bentham a su concepción penitenciaria, agrega tres reglas con el fin de mejorar el régimen penitenciario, a saber: 1ª. Regla de la dulzura, eliminación de sufrimientos corporales; 2ª. Regla de la severidad; y, 3ª. Regla de la economía, tratar de evitar gastos innecesarios.

En síntesis, la finalidad de la prisión es reformar y corregir a los presos, con el fin de que al salir en libertad no constituyan una desgracia para el condenado y para la sociedad. Se nota en la obra de este autor la idea de la escuela clásica en el delito lo fundamental no es el delincuente, sino el hecho. El autor es secundario, cualquiera es capaz de cometer un delito, no hay diferencias entre el criminal y el que respeta la ley, salvo el hecho.

Básicamente, siguiendo el paradigma utilitarista anglosajón aplicado al ámbito jurídico-penal defendido por Bentham quien entiende que “la imputabilidad de uno de los

¹⁴⁸ Bentham, 1838.

cómplices que la de todos”¹⁴⁹. Afirma, además, que “entre muchos criminales, el más malo no sólo queda sin castigo, sino podrá ser también recompensado”¹⁵⁰. En cuanto a la recompensa o el perdón que se prometen a un criminal para que denuncie a sus cómplices, nos parece que, si hay otro medio para conocerlos, ese es malo, porque la impunidad que contiene es un mal; pero si no hay otro, es bueno, porque la impunidad de uno solo es un mal menor que la de muchos¹⁵¹. Si se admite las recompensas para los delatores dice Beccaria que sea “en virtud de una ley general que prometiese la impunidad al cómplice que descubriese el crimen y no por una declaración especial, en un caso particular”¹⁵² y esto porque según Beccaria dice Bentham “semejante ley impediría la unión de los malvados, inspirando a cada uno el temor de exponerse solo al peligro, y no haría osados a los que ven que hay casos en los que se necesita de ellos”¹⁵³.

Así, precisamente, es todo lo contrario, porque la declaración particular basta para introducir la desconfianza en la sociedad de los malvados, y para que cada uno de ellos vea en su cómplice el instrumento futuro de su condenación; cuando por el contrario la ley generalles indica que se cree siempre tener necesidad de ellos, y es propia para darles atrevimiento, presentándoles un medio seguro de redimirse en el momento en que ya no tengan otro remedio.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, Bentham es el iniciador del derecho penal premial o de recompensas con su obra *Teoría de las penas y de las recompensas*.

¹⁴⁹ Cfr. Bentham (citado en Sánchez García de Paz, Isabel, 2005). El coimputado que colabora con la justicia penal con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7/ y 15/2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (nº. 07-05), p. 3.

¹⁵⁰ Ibid., p. 4

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Bentham, op. cit., p. 79.

¹⁵³ Ibid.

Aunque, el origen es más antiguo, remontándonos al derecho romano, en los delitos de lesa majestad en la *Lex cornelia de sicariis et veneficiis* para pasar de ahí al derecho canónico y común medieval.

Por su parte, los filósofos juristas ilustrados se pronuncian, después de sopesar los beneficios e inconvenientes de esta figura son paradigmáticas las reflexiones de Beccaria al respecto, en *Dei deliti e delle pene* en contra de premiar la delación con beneficios penales, lo que consiste en una práctica común en el sistema procesal de la *inquisición*¹⁵⁴.

Así pues, lo que si nadie niega es que apunta a la promoción de conductas colaboracionistas a partir de una premisa básica que es el reconocimiento de la incapacidad e ineficiencia del propio Estado en la lucha contra la criminalidad, en este caso, el tipo asociativo¹⁵⁵.

En sí, no es nuestra intención tratar el tema del derecho penal de la recompensa, como lo denominó Bentham, ya que requeriría de un trabajo más minucioso, en cambio intentamos introducirnos al tema de dos de sus figuras: el arrepentimiento¹⁵⁶ y la colaboración eficaz¹⁵⁷, y que en nuestro ordenamiento jurídico no son diferentes

¹⁵⁴ Cfr. Sánchez García de Paz, op. cit.

¹⁵⁵ Cfr. Salas, Luis (2012). El arrepentido colaborador de la justicia. Una figura perversa. Recuperado de: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2439-20/41.pdf>.

¹⁵⁶ El arrepentido, dentro de un concepto jurídico, es aquel imputado que pretende beneficiarse con eximirse la pena, o con su atenuación, por el hecho de prestar colaboración post-delictual con los órganos de la investigación, auto incriminándose o delatando a sus cómplices

¹⁵⁷ El término colaboración eficaz es utilizado en la legislación positiva, como una manera de generalizar la figura jurídica del derecho penal premial del arrepentimiento en los demás tipos penales como el tráfico ilícito de drogas, corrupción de funcionarios, los tipos aduaneros, entre otros. Por lo mismo, el colaborador eficaz sería aquel investigado, procesado o sentenciado que colabora con la justicia esclareciendo los hechos ilícitos e identificando a los otros cómplices, consiguiendo finalmente una recompensa por el apoyo a la justicia penal. Las ideas de Howard, no obstante haber sido acogidas con mucha simpatía, no pueden fructificar de inmediato en Europa, debido a la situación internacional de la

conceptualmente, sin embargo, aparecen en dos contenidos diferentes, sin contraponerse entre ellos; en cambio, adecuándose al contexto¹⁵⁸.

Ahora bien, para Bentham “castigar en el sentido más general, escausar un mal a un individuo con intención directa a este mal, por la omisión de algún acto, o por haberle ejecutado”¹⁵⁹. Y en razón de ello, el autor apunta que: “conforme al principio de utilidad, las penas legales son males impuestos, según las formas jurídicas, a individuos convencidos de algún acto dañoso prohibido por la ley, y con el objeto de prevenir actos semejantes”¹⁶⁰. Desde luego, para que esto suceda, según Bentham es preciso que:

La pena debe ser cierta y en cuanto sea posible igual a sí misma. La certidumbre de que se habla no es la que se refiere al acontecimiento de la ejecución. Las probabilidades de la impunidad que resulta de la dificultad de presentar las pruebas del delito, o de apoderarse de la persona del delincuente, comprenden a todas las personas sin distinción¹⁶¹. [En esa misma perspectiva, Bentham agrega que]: La pena produce un *mal de primer orden y un bien de segundo*, porque impone un padecimiento a un individuo que le ha merecido voluntariamente; y por el contrario ella se convierte todo en bien en sus efectos secundarios porque intimida a los hombres peligrosos, tranquiliza a los inocentes y es la única salvaguardia de la sociedad¹⁶².

época. La reforma carcelaria es iniciada en los Estados Unidos América, en donde las concepciones humanitarias del filántropo inglés son difundidas por Benjamín Franklin, conforme afirma el profesor Labatut.

¹⁵⁸ Cfr. Obregón Rodríguez, Rollen Eddi (2005). Arrepentimiento y colaboración eficaz. Universidad Nacional Mayor San Marcos, Lima-Perú: Ponencia realizada en el 27º. Congreso Latinoamericano, 9º. Iberoamericano y 1º. Nacional de Derecho Penal y Criminología, Guayaquil-Ecuador, 25-28 de octubre de 2005.

¹⁵⁹ Bentham, op. cit., p. 8.

¹⁶⁰ Ibid., p. 11.

¹⁶¹ Ibid., p. 31.

¹⁶² Ibid., p. 14.

Es tanto como decir de qué manera las penas que afectan a las personas en sus actividades activas o pasivas son: 1. Penas simplementeaflictivas, 2. Penas aflictivas complejas, 3. Penas restrictivas, 4. Penasactivas o laboriosas, 5. Penas capitales. Las penas que afectan a la propiedad: 1. Penas corporales, 2. Penas privativas o de pérdidas, o de privación de derechos, honores y empleos¹⁶³; o que sea, en síntesis, “la prevención general que es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica”¹⁶⁴. Claro está entonces que “las penas tienen su *mínimum* y su *máximum*; porque hay razones para no hacer más y para no hacer menos”¹⁶⁵. Y, en razón de ello, apuntemos dos reglas, básicas a nuestro modo de ver esta cuestión: *Primera regla*. Bentham, apunta bien, en principio, a esta idea cuando dice que: “es preciso que el mal de la pena sobrepuje al provecho del delito. Por provecho del delito no debe entenderse solamente el pecuniario, sino toda ventaja realo aparente que ha motivado el delito”¹⁶⁶.

Sin embargo, entendemos que tal sobrepuje no puede superar al provecho del delito. *La segunda regla*. El juicio debe ser público y públicas deben ser las pruebas dice acertadamente Beccaria. Bentham no duda, al afirmar que:

cuando el acto es propio para suministrar una prueba concluyente de un hábito, es preciso que la pena sea bastante fuerte para exceder no solo el provecho del delito singular, sino también de todos los delitos semejantes que se pueden suponer cometidos impunemente por el mismo delincuente¹⁶⁷.

¹⁶³Ibid

¹⁶⁴ Ibid., p. 16.

¹⁶⁵ Ibid., p. 22.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid., p. 24.

Finalmente, es fácil advertir, por tanto, que Bentham sustenta una concepción utilitaria de pena, al afirmar que la misma debe servir para la reinserción del reo a la sociedad, no solamente debe servir para castigar. En esta cualificación para él como queda dicho el fin de la pena es la prevención general y la prevención especial (intimidación y corrección del interno).

Así, ha dicho fin asignado a la pena se fija una especie de talión simbólico. Por lo tanto, Bentham al igual que Beccaria, Lardizábal, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach laureados penalistas de la Ilustración son quienes desarrollan la *Teoría relativa de la pena* bajo la premisa mayor de que el fin de la pena es la prevención general.

Además, considera la inutilidad de la pena de muerte, al afirmar que la misma no sirve como castigo ni como prevención, bajo una sencilla pero profunda reflexión, porque aun con la pena de muerte seguirá existiendo criminalidad y es partidario de su abolición.

Breves aspectos sobre la pena de muerte

En el apartado anterior hemos realizado una breve mirada a la relación histórica de la pena y sus etapas evolutivas. En este apartado nos referiremos particularmente a la pena de muerte con la finalidad de ampliar esta relación que, sin duda, es el punto de partida del autor. Dice el ilustre penalista Eugenio Cuello Calón que: “La historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Cuello Calón, Eugenio (1974). La moderna penología (t. I): Regresión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución. Barcelona, España: Editorial Bosch, p. 113.

Al respecto, Zavala explica que se trata de un error del autor hispano, por cuanto, a su juicio, “confunde la historia de la crueldad humana con la historia de la pena”¹⁶⁹. En efecto, sostiene el autor ecuatoriano, que en los comienzos de la humanidad no se puede hablar de la “pena”, sino únicamente del “castigo” como hemos señalado que no es lo mismo. Además, dice Zavala Baquerizo que el hecho de que un hombre matara a otro en los comienzos de la humanidad no es un fenómeno extraño, sino que, indiscutiblemente, es un hecho necesario y no sólo reservado a ciertas colectividades en particulares regiones, sino que es un fenómeno universal¹⁷⁰.

Otro hecho que, argumenta también nuestro autor es, que desde el surgimiento de *homo sapiens*, este demuestra en toda su intensidad como un feroz cazador de hombres, y así como deben matar para subsistir, su propio primitivismo lo lleva a matar cruelmente¹⁷¹. Así, mientras este hombre aumenta su inteligencia, no es menos cierto que, también afina su crueldad.

Por esta razón es que el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo se permite rectificar el posible error del ilustre penalista español, ya que la pena de muerte entra en la historia de la humanidad en fecha muy posterior al desarrollo de las sociedades, sin que ello dice el mismo autor “signifique en que no estemos de acuerdo en que la pena de muerte de un ser humano por parte de otro ser humano ha sido siempre un método apropiado tanto para subsistir como para castigar”¹⁷². No somos partidarios de la pena de muerte, pero Cuello sostiene que:

¹⁶⁹ Zavala Baquerizo, Jorge (1986b). La pena de muerte. Parte especial I. (t.II). Guayaquil, Ecuador: E.Q. Editorial S.A., p. 7.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid., p. 8

[...] la pena de muerte es legítima cuando es merecida. Hay crímenes que causan horror tan profundo que la conciencia colectiva sólo los considera punibles con el supremo castigo. También la legitima (la pena de muerte) su necesidad y su valor como instrumento de protección social contra criminales endurecidos e insensibles, no susceptibles de reforma e indiferentes a la amenaza penal¹⁷³.

El profesor Zavala al examinar la historia de la pena, como hemos indicado deja sentado cada uno de los sistemas utilizados en pueblos del mundo antiguo: Egipto¹⁷⁴, Israel¹⁷⁵, Grecia¹⁷⁶, Roma¹⁷⁷, el Incario¹⁷⁸ y la Época cristiana¹⁷⁹, para hacer efectiva la pena de muerte.

Reflexiones generales sobre la pena de muerte

En las reflexiones generales sobre la pena de muerte, nuestro autor destaca algunos aspectos relevantes como la naturaleza y límites de la pena de muerte, el hombre y la pena de muerte, las influencias endógenas y exógenas, y concluye con justicia y pena.

¹⁷³ Cuello, op. cit., pp. 207-209.

¹⁷⁴ En Egipto, el homicidio de todo hombre, sea libre o esclavo, está sancionado con la pena de muerte (Cfr. Zavala, op. cit., pp. 9-10).

¹⁷⁵ El pueblo hebreo fundamentalmente religioso y su gobierno teocrático, de- más está decir que los delitos de blasfemia e idolatría están enlazados con la pena de muerte (Cfr. Zavala, op. cit., p. 10).

¹⁷⁶ Para los espartanos la pena de muerte carece de toda significación, están preparados mentalmente para morir en cualquier instante defendiendo a su país. En Atenas, Dracón como se ha dicho— puso en vigencia la pena de muerte para todos los delitos (Cfr. Zavala, op. cit., pp. 12-13).

¹⁷⁷ El descuartizamiento es usado en los primeros tiempos posteriores a la fundación de la ciudad, y, es ampliado en los siglos XVI y XVII a los crímenes de lesa majestad (Cfr. Zavala, op. cit., p. 16).

¹⁷⁸ En el incario la pena de muerte estaba reservada para el asesinato, adulterio, violación, incesto, entre otros, como los delitos contra la administración pública, contra la economía y contra las personas (Cfr. Zavala, op. cit., p. 21).

¹⁷⁹ En efecto, debido a esa herencia intelectual en pro de la pena de muerte es que se destaca el hecho de que hasta muy entrado el siglo XVIII no se puso en duda la legitimidad de esta. Ecuador heredó de los conquistadores españoles la pena de muerte. Desde 1830 hasta 1896 rigió esta pena, para muchas clases de delitos, y a partir de 1896 se suspendió para los delitos comunes y desde 1906 se suprimió para toda clase de delitos (Cfr. Zavala, op. cit. pp. 23-39).

Convenimos, por tanto, que la pena de muerte ha sido, entre todas las penas, la más combatida y, por ende, la más defendida, como advierte el profesor Zavala Baquerizo. Por cuanto, no sólo se ha discutido sobre su existencia jurídica en sí, sino que se le ha negado la calidad de pena. En efecto, los partidarios de este tipo de pena no han escatimado esfuerzo para lanzar frases de elogio, de alabanzas a la pena de muerte, a la que consideran a la única capaz de defender de manera eficaz a la sociedad, a la familia al individuo¹⁸⁰.

A nuestro entender, el autor reflexiona sobre el primer punto de discusión, si ¿la pena de muerte es realmente una pena? Si, la pena es un mal jurídico impuesto a quien ejecutó un mal antijurídico, con fines de resocialización, por lo que, concluye y afirma categóricamente que, la llamada pena de muerte no es una pena, por cuanto, le falta el elemento dado por la finalidad ya que matando al justiciable, el Estado se declara impotente, ante sí mismo y ante la sociedad, de cumplir dicha finalidad. Es decir, declaración que lo conduce a matar al reo, pues resulta incapaz de salvarlo socialmente¹⁸¹.

Se advierte, también, la consideración de la pena de muerte como una simple retribución, como consecuencia de una adecuación típica y antijurídico del justiciable, entonces, nos encontraríamos frente a la posibilidad de considerar a la pena de muerte como una pena, como reitera el profesor Jorge Enrique “y una de las más atroces. Si la pena es un fin en sí misma, la capital es una pena”.

Como apunta Francesco Carrara, junto a la finalidad de la pena “en sentido especialísimo denota el mal que la autoridad pública le inflige a un culpable por causa

¹⁸⁰ Ibid., p. 41.

¹⁸¹ Ibid.

de su delito”¹⁸². Con ella se quiere expresar que la intención estatal para prevenir a la sociedad de las nuevas realidades delictivas. A decir de Hans von Hentig, “la pena es pura y simplemente un peligro artificial establecido por la sociedad, un dolor del que se puede disponer, fabricado por la mano del hombre”¹⁸³.

En efecto, Zavala comparte con von Hentig, porque, a no dudarlo, la pena, representa un peligro, y como tal se entiende la situación fáctica que lleva ínsita la posibilidad de un resultado dañoso, negativo¹⁸⁴. Además, la pena de muerte es un peligro creado por la sociedad para todo aquel que adecua su conducta milimétricamente al tipo penal que, sin duda, enlaza la conducta antijurídica con esa clase de pena; así, como peligro crea cualquier otra pena¹⁸⁵. Más, sin embargo, la diferencia dice Zavala está en el bien jurídico del justiciable expuesto al peligro: la vida, la libertad, la propiedad, el honor¹⁸⁶.

Con relación al respeto a la dignidad humana enseña Zavala Baquerizo que comprende el respeto a la personalidad del hombre o mujer, entendiéndose por tal el respeto a las capacidades psicológicas de estos, a la posibilidad de su realización en el medio y a través del tiempo. Así, pues, y desde luego, negarle a un hombre o mujer dicha posibilidad por el hecho de haber fallado en su comportamiento anterior es reconocer, por parte del Estado dos denegaciones, a saber: la una, la imposibilidad de rehabilitación, de readaptación, de resocialización de un ser humano; y la otra, la incapacidad estatal para la rehabilitación, la readaptación y la resocialización de sus

¹⁸² Carrara, Francesco (2009). Programa de derecho criminal. Parte general (vol. II, 4ª ed.) Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería, p.33.

¹⁸³ Hentig, Hans von (1968). La pena II. José María Rodríguez Devesa (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe S.A., p.21. Cfr. Zavala, op. cit., p. 41.

¹⁸⁴ Zavala, op. cit., pp. 41-42.

¹⁸⁵ Ibid., p. 42.

¹⁸⁶ Ibid.

súbditos¹⁸⁷ como en realidad corresponde. Pero Jorge Enrique Zavala Baquerizo sostiene que, con la pena de muerte, se rebasa el límite subjetivo de la pena. Es decir, se atropella, se minimiza, se desprecia la dignidad del hombre en general, no solo del penado.

Al referirse a que nadie discute que la vida es un hecho, plantea dos tipos de circunstancias: un hecho biológico y un plus especial, psicológico, subjetivo, el cual es la mente, la inteligencia, la capacidad de razonar, de planificar de diversas maneras la conducta. Y hablar precisamente que en la vida del hombre está ínsita la dignidad de este, sin duda, se trata del respeto que se tiene a sí mismo y se tiene a los demás seres humanos, por la sólo o única razón de serlo, donde prevalece para el profesor Zavala Baquerizo que el “ser poseedor del hecho de vivir es que le concede al hombre el derecho a vivir con su inmediato y primer efecto, cual es el derecho a desarrollar su vida con dignidad”¹⁸⁸.

Con el correr del tiempo se ha interpretado la ley del talión como que el juzgador estaba obligado fatalmente a ser implacable con las tarifas señaladas para el evento de trasgresiones normativas, lo cual es una interpretación errónea dice Zavala Baquerizo porque realmente la ley del talión, en aras a la garantía de que nadie sufriese más allá de lo proporcionado, en un afán compulsivo de controlar a milímetro la extrema arbitrariedad de la venganza privada, señala un tope, es decir, hasta dónde puede llegar el juzgador y sin ser injusto, pero no está obligado quien juzga a ser flexible en su resolución condenatoria, es decir, debe ordenar que le saquen los ojos a quien antes lo hace con la víctima; o se deje sin dentadura a quien antes procede así con el prójimo.

¹⁸⁷ Ibid., p. 43

¹⁸⁸ Ibid., pp. 43-44.

Desde luego lo que se quiere decir es que hasta ese límite puede llegar el juzgador, pero no más allá. Esto permite que la sanción o pena pueda estar por debajo del techo impuesto en la ley del talión¹⁸⁹. Es, sin embargo, Juan Del Rosal Fernández en su humano e ilustrado estudio monográfico *4 Penas de muerte, 4*, práctica, publicado en 1973, donde, precisamente nos dice:

Pero es que, además, tampoco responde en el fondo al sentido talional, por cuanto el principio citado no se traduce en que necesariamente la medición de la pena se hace al tenor de la meritada estimativa, sino que esta es algo así como el límite y freno, más allá del cual no se debe traspasar¹⁹⁰.

De la ilustrada perspectiva se infiere que no necesariamente el que comete homicidio o asesinato debe morir, o quien roba o hurta debe ser robado o hurtado.

Esta interpretación se mantiene por siglos, es lo que ha permitido a ciertos defensores de la pena de muerte el tratar de justificarla, cuando en dicha época ya se quiere penar teniendo presente el límite a la extrema arbitrariedad como hemos dicho y hasta con el humanitarismo, con relación al antiguo sistema de la venganza privada.

Cabe señalar aquí, que en el discurso del profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo, con relación al tema sobre la dignidad del hombre o dignidad humana¹⁹¹ dice que:

¹⁸⁹ Ibid., p. 44.

¹⁹⁰ Del Rosal, Juan (1973). *4 penas de muerte, 4*, teoría y práctica (vol. I). Madrid, España: Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid (citado en Zavala, op. cit., p. 45).

¹⁹¹ Así, Roig, Arturo Andrés (1997). Las morales de nuestro tiempo y las necesidades a partir de la lección de Pico della Mirándola y Fernán Pérez de Oliva. Páginas de Filosofía. Año IV-nº 6- Publicación del Departamento de Filosofía. Facultad de Humanidades. Universidad del Comahue, al referirse a los discursos de Pérez de Oliva y de Pico della Mirándola, respectivamente, dice: "Pero veamos ya los dos discursos. El primero, el acusatorio, tiene por objeto la total indignidad del hombre. En el único lugar en que se enuncia el concepto de lo digno es para subrayar la inferioridad del ser humano frente a los restantes animales del mundo [...]. El segundo discurso, antítesis del anterior, pretende probar el sentido en el que el ser humano es digno. Para hacerlo se pone dentro de una lectura tradicional y canónica del

[...] es indiscutible que la pena de muerte ofende dicha dignidad, y no sólo la del condenado, sino también la de todos y cada uno de los miembros de la sociedad a la cual pertenece el hombre a quien se le extingue la vida en nombre de esa sociedad¹⁹².

En definitiva, hay que dejar muy bien establecido que, no existe la posibilidad de que alguien cometa un homicidio, precisamente, para que, por este delito lo maten. A raíz de la reflexión sobre la dignidad humana el profesor Zavala Baquerizo se pregunta: ¿es que realmente existe el libre arbitrio¹⁹³?, pero dice, seguidamente, que no analiza el tema, ni siquiera en su límite externo por cuanto este ha motivado, y motiva, fuertes discusiones entre filósofos, y con la humildad que lo caracteriza Jorge Enrique anota que él no es filósofo. Sin embargo, concluye que dicho arbitrio, como lo entendían los defensores de la escuela clásica del derecho penal, ya no es posible mantenerlo en la hora actual.

Entonces, nuestro autor se pregunta también: ¿es que ha triunfado definitivamente el determinismo?, y afirma que no se puede llegar a tan radical conclusión, porque la cuestión no se la puede presentar con el simple argüir de que si no es blanco es negro; sino que se trata de la naturaleza del hombre o mujer, de esa naturaleza que no la toman en cuenta los tradicionales defensores de la pena de muerte; de esa naturaleza que, aun en el más degradado de los hombres o mujeres, conserva la dignidad de ser hombre o mujer.

Génesis, vale decir, comienza afirmando que el hombre ha sido hecho a imagen y semejanza de su creador. Este paradigmatismo, en el que aclara que la "imagen" lo es relación con "el poder y el oficio", nos permite ver un mundo estrictamente jerárquico en el que impera una, además, la categoría de "lugar" entendida como lugar social (p. 14).

¹⁹² Zavala, op. cit. p. 45.

¹⁹³ El profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo, considera bajo la rotulación del libre arbitrio, sin duda, se refiere a la doctrina filosófica del libre albedrío o libre elección.

A juicio del profesor Zavala Baquerizo, las fuerzas biológicas y psicológicas, así como las sociales, tienen influencia fundamental en la formación de los juicios de los hombres o mujeres. Así, no de otra manera se puede concluir si observamos detenida y objetivamente “los diferentes puntos de vista que se recogen sobre los fenómenos históricos, o sobre las proyecciones sociales futuras”¹⁹⁴. Hay que advertir que, en efecto, no sólo son cuestiones de inteligencia, o cultura, o de sentimientos. Estas cuestiones han entrado por infinitas fisuras abiertas en la personalidad la influencia del entorno, de la propia naturaleza genética, de los impactos pre-natales y post-naturales. En definitiva, el autor nos retroalimenta al argumentar que, “una conducta humana no puede ser diagnosticada con el simple decir que, teniendo el hombre libre arbitrio, está en capacidad de abstenerse de actuar de tal o cual manera; o de actuar de un modo u otro”¹⁹⁵.

Además, considera que esta posición es extraña a la realidad humana. La ciencia hasta hoy en día, no ha podido negar que la conducta del hombre o mujer es el resultado de la infinidad de factores que, en un momento oportuno, se conjugan para exteriorizar el delito de una u otra forma o circunstancia. No hay que olvidar que, la conducta humana es consecuencia de una sociedad encargada de formar a sus miembros a imagen y semejanza de ella. Esto es, teóricamente para el autor, “una sociedad donde el hombre defiende su derecho a la vida, pero a la vida con dignidad absoluta, que sólo la puede dar una sociedad organizada y no discriminatoria”¹⁹⁶.

Añade, que, si la sociedad entrega a sus miembros miseria, insalubridad, promiscuidad habitacional, inadaptabilidad familiar, osocial, ignorancia, desadaptación familiar, etc.,

¹⁹⁴ Zavala, op. cit., p. 46.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid.

puede exigir del asociado muerto de hambre y dichas condiciones una conducta acorde a las más altos ideales de confraternidad, de respeto humano y solidaridad social.

Por lo demás, la pena de muerte excede en mucho lo que se entiende por justicia. Esta cuestión, sin duda, ataca a otra de las características fundamentales de toda pena, es decir, la justicia de la pena. Por ello, dice el profesor Zavala Baquerizo— que esto merece un razonamiento demostrativo, tal como sigue.

El delito es un hecho histórico, un hecho que es, y ninguna conducta posterior podrá hacerlo desaparecer del pretérito. Es decir que, sus efectos grandes o pequeños, se producen o quizás se seguirán produciendo a futuro. Así, y desde luego, “la justicia penal no consiste en compensar el mal causado con otro mal igual”¹⁹⁷. No se puede igualar el daño con el daño ciego. Por lo tanto, lo que no se debe ignorar es que la pena incide en el hombre o mujer y estos no son ni bestias, ni minerales, ni vegetales; aún más no incide generalmente sobre cualquier hombre o mujer, sino sobre una clase especial de hombres o mujeres: “a quienes se los considera imputables, es decir, que son capaces de comprender la naturaleza y efectos de sus actos y, por ende, comportarse de acuerdo con esa comprensión”¹⁹⁸.

En síntesis, el profesor Zavala Baquerizo dice: la pena de muerte no es, una pena en el sentido moderno de la expresión, por carecer de finalidades, y si se la considera como tal, es un fin en sí misma. En efecto, ella es contraria a la dignidad humana. Es además, injusta y opuesta a los fines estatales, tales como la conservación de la vida y la rehabilitación de los coasociados que irrumpen contra la norma jurídica penalmente protegida estatalmente¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Ibid., p. 48.

¹⁹⁸ Ibid., pp. 48-49.

¹⁹⁹ Ibid., p. 52.

En cuanto al *suplicio de morir*, señala el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo en la época que publica su obra, como penalista humanista, influido particularmente por la relevante obra *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* de Michel Foucault, quien se publica en español en el año 1976, no es aventurado. Como el autor ha señalado que la pena de muerte entraña un sacrificio y un suplicio, el último suplicio²⁰⁰. Desde luego, al tratar el tema del suplicio de morir hace algunas explicaciones e inicia su discurso con palabras de Rush quien en 1787 afirma:

No puedo por menos de esperar que se acerque el tiempo en que la horca, la picota, el patíbulo, el látigo, la rueda, se considerarán, en la historia de los suplicios, como las muestras de la barbarie de los siglos. Podrá decirse entonces, que para el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo los atentados contra la inteligencia física, o contra la vida del monarca se lo asimilara al parricidio, es decir, una acción contra el padre, contra el más alto padre que en la tierra tiene el vasallo, que es el monarca. Dentro de esta cuestión, el soberano debe hacer todo lo posible por demostrar al pueblo su poder omnímodo y su voluntad de no perdonar los actos realizados directamente en su contra, y los que se cometen indirectamente dentro de la comunidad.

Para nuestro autor, entonces lo ostensible para el monarca es demostrar el poder y su voluntad a través de la pena, la cual se encuentra al servicio personal del mismo, no de la sociedad y, por lo tanto, debe ser interpretada, como un castigo que viene directamente del rey, sin embargo, no tiene ningún límite para castigar, ni para demostrar su bondad, a través de la gracia del perdón real a quien se hace merecedor de este perdón²⁰¹. El autor nos relata, sin embargo, que la pena tiene una finalidad específica para el soberano, que es la ejemplaridad.

²⁰⁰ Ibid., p. 53

²⁰¹ Zavala, op. cit., p. 53.

Es más, se puede añadirse que cuando en París se celebran las “fiestas” públicas en la que se ejecutan a los condenados a pena de muerte, los padres llevan a sus hijos menores de edad para presenciaren el “espectáculo” y que, al momento de que el verdugo corta con el hachala cabeza de la víctima, o la guillotina la cercena, el padre le propina una cachetada al hijo para que recuerde siempre el “espectáculo” presenciado.

Dice Zavala Baquerizo que se trata de un sistema pedagógico propio de la época, lo que no impide que se siga alimentando el patíbulo con mucha frecuencia y en no pocas ocasiones con aquellas personas que, en su infancia, reciben la pedagógica a cachetada²⁰².

Recurriendo a la definición de suplicio realizada por Jaucourt, el penalista ecuatoriano da una explicación de lo que es la “pena corporal, dolorosa, más o menos atroz, [...]”. El suplicio descansa sobre todo en un arte cuantitativo de sufrimiento. Pero hay más: esta producción está y de los países y como pruebas de la débil influencia de la razón y de la religión sobre el espíritu humano²⁰³.

Pero Zavala Baquerizo, a diferencia de Foucault, tiene un espíritu más práctico. Comprende que desgraciadamente aún no se puede afirmar que los buenos deseos de Rush se cumplan. Concibe que aún el tema de los suplicios no haya perdido actualidad, ni la pierde en mucho tiempo. El autor al referirse que aun los que analizan

²⁰² Ibid., p. 57.

²⁰³ Rush, B. (1935) ante la Society for promoting political enquiries, en N.K. Teetus, *The cradle penitentiary*, p. 30. Cfr. Foucault, Michel (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A., pp. 12-13; y, Zavala, op. cit. p. 53.

estos problemas en la mitad de este siglo, siguen lamentándose de que la humanidad no pueda superar la etapa del suplicio. Por eso el autor al referirse a su teoría sobre la pena, señala que esta surge en una relación inmediata y directa para con el cuerpo o humanidad del justiciable.

Desde luego, si se impone la pena de muerte es necesario que antes de la ejecución se apliquen pequeñas penas representadas por el tormento y se prive de la libertad, es necesario, por lo general, azotar al condenado y luego remitirlo a las galeras para que los reyes no tengan que buscar asalariados que hagan dicho oficio²⁰⁴.

Como para el profesor Zavala Baquerizo la crueldad de las penas se viene arrastrando desde los primeros años de la humanidad “civilizada” –reitera– comienzan a levantarse voces de protesta, no tanto contra la pena de muerte, sino contra la crueldad que encierra tanto esta pena como las otras penas, que no son pocas en cantidad, ni menos crueles en calidad.

Esta severidad tiene una motivación que pocas veces se la ha hecho presente y, por lo tanto, sin embargo, persiste en explicar lo concerniente: la pena es la reacción, no de la sociedad lesionada por la comisión del delito, sino del soberano que se siente ofendido con la intervención maliciosa de su súbdito, lo que interpreta como una rebelión contra su altísima majestad²⁰⁵.

Además, Jaucourt complementa su definición conceptual afirmando que: “Es un fenómeno inexplicable lo amplio de la imaginación de los hombres en cuestión de

²⁰⁴ Zavala, op. cit., p. 53.

²⁰⁵ Ibid., p. 55.

barbarie y de crueldad”²⁰⁶. En cambio, Foucault, nos entrega las características que debe tener la pena diciendo:

Una pena para ser un suplicio debe responder a tres criterios principales: en primer lugar, ha de producir cierta cantidad de sufrimiento que se puede ya que no medir con exactitud al menos apreciar, comparar y jerarquizar. La muerte es un suplicio en la medida en que no es simplemente privación del derecho a vivir, sino que es la ocasión y el término de una gradación calculada de sufrimientos: desde la decapitación –que los remite todos a un solo acto y en un solo instante: el grado cero del suplicio– hasta el descuartizamiento, que los lleva al infinito, pasando por la horca, la hoguera y la rueda, sobre la cual se agoniza durante largo tiempo. La muerte-suplicio es un arte de retener la vida en el dolor, subdividiéndola en “mil muertes” y obteniendo con ella, antes de que cese la existencia, “the most exquisite agonies”²⁰⁷.

El profesor Zavala Baquerizo en su explicación no se limita a lo expuesto por Jaucourt y Foucault, ya que lo dicho es, precisamente, lo que debe mostrarse al público: la pena dolor; justamente, lo que se presenta al espectador. Nuestro autor admite que el suplicio no comienza en el patíbulo. Es necesario que el reo sea exhibido previamente antes de llegar al lugar de la ejecución, esto es, por diversas calles se lleva al justiciable, unas veces a pie, otras en carreta inmundada, debidamente atado, con un letrero en el pecho. El autor concibe ante la crueldad de las penas, ante la corrupción de los mandatarios, ante la inmoralidad del clero y los administradores de justicia, se empiezan a levantarse voces que, al comienzo, no se oponen a la pena de muerte, sino que pretenden la eliminación del tormento, cual sea su clase.

²⁰⁶ Ibid

²⁰⁷ Foucault, op. cit., p. 33. El autor sostiene que, la expresión es de Olyffe, An essay to prevent capital crimes, en 1731.

Aquí, resuena con enérgico eco las voces de Montesquieu²⁰⁸, Voltaire²⁰⁹ y Beccaria²¹⁰. Zavala hace precisamente eso, es decir, hace escuchar su voz entre nosotros. Lo importante, –dice el autor– es concluir que el tránsito de la pena de muerte a la pena privativa de libertad se lo hace a través de la supresión del tormento y a través de la consideración de que la pena de muerte debe reservarse sólo para cierta clase de delitos (parricidio, asesinato, traición a la patria, etc.), y que en reemplazo de esta, para los otros delitos debe adoptarse el sistema de la privación de libertad²¹¹.

De acuerdo con Zavala Baquerizo, la famosa “cadena de presos” o “cadena de forzados” que, se organiza con la finalidad de trasladar a los presos desde el lugar sede de la sentencia, hasta el lugar donde se encuentra la institución penitenciaria en donde deben cumplir la pena los integrantes de la referida cadena a la que precisamente, se refiere Cervantes cuando relata “que Don Quijote alzó los ojos y vio que por el camino que llevan venían hasta doce hombres a pie ensartados como cuentas en una gran cadena de hierro por los cuellos, y todos con esposas a las

²⁰⁸ Dice el gran Montesquieu que “la severidad de las penas es más propio del gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivamente, el honor y la virtud”. Y, en otro momento el autor aduce que: “En estos Estados, un buen legislador pensará menos en castigar que en evitarlos, se ocupará menos en castigar los crímenes que en evitarlos, se ocupará más en morigerar que en imponer suplicios” (Montesquieu, op. cit., Libro XV, cap. IX, p. 76).

²⁰⁹ De la misma forma comentaba Voltaire que: “Volvemos a insistir en que la pena de muerte no sirve para nada. Probablemente algún verdugo, tan charlatán como cruel, hizo creer a los imbéciles de su barrio que la grasa ahorcado curaba la epilepsia”. En otra parte, y con su acostumbrada ironía, el autor dice: “Me atrevería a preguntar a los partidarios de levantar horcas y cadalsos, de encender hogueras y matar a los hombres disparándoles arcabuces, si creen que están viviendo en tiempos de hambre y matan a sus semejantes por miedo de que falten alimentos para todo el mundo [...]” (Voltaire. Diccionario filosófico. Recuperado de: http://biblio3.url.edu.gt/Libros/dic_fi.pdf. p. 975).

²¹⁰ En cambio, Beccaria, analiza objetivamente el tormento al cual denomina como “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 descubrimiento 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” (Beccaria, op. cit. cap. XVI, pp. 87-88).

²¹¹ Zavala, op. cit., pp. 70-71.

manos”²¹². Sin embargo, al describir la situación de uno de los justiciables de la cadena llamado Ginés de Pasamonte dice:

un poco viene diferentemente atado que los demás, porque trae una cadena al pie tan grande que se la lía por todo el cuerpo, y dos argollas a la garganta, la una en la cadena, y la otra de las que llaman guarda amigo, o pie de amigo, de la cual descienden dos hierros que llegan a la cintura, en los cuales se asían dos esposas, donde lleva las manos cerradas con un grueso candado, de manera que ni con las manos puede llegar a la boca, ni puede bajar la cabeza a llegar a las manos²¹³.

No hay que olvidar que, en el año 1605 en que se publica la primera parte de la ingeniosa obra de Cervantes, el traslado de los justiciables en España se realiza de la forma como el autor ibérico puntualiza. Es decir, una antigua costumbre española que posteriormente reemplazada por el traslado en carros o carretas. Sin embargo, como bien dice Tomás Salvador que “no es hasta los tiempos modernos que se organiza la cuerda de presos”²¹⁴ en España. Además, lo más importante como dice el mismo autor que “una cosa es cierto: que el hombre siempre ha esclavizado al hombre, llenado de cadenas, conducido por caminos, trasladado de ergástula a mazmorra, de campo de batalla a campo de galeras [...]”²¹⁵.

Por otra parte, la cuerda de presos o cadena de forzados se mantiene hasta el siglo XIX, tanto en España como en Francia. Foucault narra y transcribe lo publicado por la *Gazette des tribunaux*, 20 de julio de 1836 refiere que los datos de

²¹² Cervantes Saavedra, Miguel de (2012). *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. San José, Costa Rica: Editorial digital, Imprenta Nacional (1ª parte, cap. XXII), p. 153. Recuperado de: https://issuu.com/imprentanacional/docs/quijote_parte_1_edincr/157.

²¹³ 780 *Ibid.*, p. 157

²¹⁴ Salvador, Tomás (1985). *Cuerda de presos*. Barcelona, España: Editorial Ediciones Orbis S.A. (citado en Zavala, op. cit., pp. 71-72).

²¹⁵ *Ibid.*

la “última cadena” de hecho, las que cruzan el suelo de Francia, el verano de 1836 y de sus escándalos, permiten reconstruir su funcionamiento, bien ajeno a las reglas de la “ciencia penitenciaria”. En el comienzo, un ritual de patíbulo: el remachado de las argollas o collares de hierro y de las cadenas, en el patio de Bicêtre. El presidiario apoya la nuca sobre un yunque, como contra un tajo; pero esta vez el arte del verdugo, al descargar los martillazos, está en no aplastar la cabeza, habilidad inversa que sabe no dar la muerte. “El gran patio de Bicêtre exhibe los instrumentos del suplicio: varias hileras de cadenas con sus collares. Los artoupons (jefes de los guardas), herreros ocasionales, disponen el yunque y el martillo. Pegadas a la verja del camino de ronda, se ven todas las cabezas, con una expresión sombría u osada, que el operador va a remachar. Más arriba, en todos los pisos de la prisión, se distinguen piernas y brazos que cuelgan a través de los barrotes de las celdas, semejando un bazar de carne humana. Son los detenidos que acuden a presenciar el arreglo personal de sus camaradas de la víspera... Helos aquí en actitud de sacrificio. Están sentados en el suelo, emparejados al azar y según la estatura; los hierros, de los que cada uno de ellos debe llevar por su parte el peso de ocho libras, descansan sobre sus rodillas. El operador pasa revista, tomando medidas de las cabezas y adaptando los enormes collares, del grueso de una pulgada. Para remachar uno de ellos, se necesita el concurso de tres verdugos; uno sostiene el yunque, el otro mantiene unidas las dos ramas del collar de hierro y preserva con sus dos brazos extendidos la cabeza del paciente; el tercero descarga golpes redoblados y aplasta el extremo del perno bajo su martillo macizo. A cada golpe se estremece la cabeza y el cuerpo... Por lo demás, nadie piensa en el peligro que podría correr la víctima si se desviara el martillo; esta impresión es nula o más bien desaparece ante la impresión profunda de horror que se experimenta al contemplar a la criatura de [dios] en tal envilecimiento²¹⁶.

El criterio de invalidación de Zavala Baquerizo es que una vez formada la cadena, empieza el espectáculo popular. Es decir, para todo aquel que quiere contemplar el inhumano espectáculo. Se trata de la salida de la prisión hacia el destino señalado.

²¹⁶ Foucault, op. cit., pp. 237-238.

Todo el recorrido se lo realiza a pie como hemos dicho en otra parte de principio a fin. De ahí que es necesario referirnos a lo que le sucede al sacerdote Delacollenge, quien descuartiza a su amante que se encuentra embarazada. Dada la publicidad que se da al delito tal como narra el diario la *Phalange* que, a la salida de París:

no puede hacerse una idea de todo lo que la multitud derrocha de indignación virtuosa, de cólera moral y de cobardía sobre este hombre; es cubierto de tierra y de lodo; las piedras llueven sobre él a la par que los gritos de la indignación pública... Es una explosión de furor inaudito; las mujeres sobre todo, convertidas en verdaderas fieras, muestran una increíble exaltación de odio²¹⁷.

Para el profesor Zavala Baquerizo, “nadie puede dudar que el espectáculo provoca en los pueblos un día de asueto para presenciar el paso de los encadenados”²¹⁸. Lo injusto y arbitrario resulta que los justiciables sufren una pena que no está inscrita en la sentencia condenatoria, sin embargo, dice el autor ecuatoriano “pero que es parte del sistema administrativo de traslado de los presos a los lugares respectivos en donde deben cumplir la condena. [...]. Es pues, una pena tácita que está incluida en la sentencia”²¹⁹. Así, frente a la índole de la pena tácita incluida en la sentencia; Hans von Hentig, advierte que, las “penas de picota y azotes permitían las más extremas agravaciones sin que por ello se modificase la índole de la pena. Una prolongada exposición de un hombre enfermo o anciano a las inclemencias del tiempo podría concluir con la muerte”²²⁰.

Además afirma el autor alemán que, “cuando la pena de azotes se aseguró una posición independiente en el sistema penal, sustrajo a la pena de muerte, en un

²¹⁷ Foucault, op. cit., p. 240.

²¹⁸ Zavala, op. cit., p. 73

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Hentig, 1967, La pena I., p. 421.

constante avance, todos aquellos casos que parecían más benignos”²²¹. Por otra parte, como el tormento había sido combatido por la crueldad que este entrañaba. Así, también aquella rueda de presos tiene sus opositores, al considerar que el suplico es abolido en Francia y reactivado por aherrojamiento de los presos y sus respectivos traslados a pie por todo el país. Luego se inventa el carro que, no es un simple carro cerrado, se trata de un carro sofisticado en donde el suplicio se mantiene de manera diferente²²².

Ahora, sigamos nuevamente a Foucault, quien describe con mucha precisión el carro de transporte de presos que sustituye a la inhumana cadena de presos. Se trata de un coche concebido como una prisión con ruedas. Un equivalente móvil del Panóptico. Dividido en toda su longitud por un pasillo central, lleva, de una parte y de otra, seis celdas en las que los detenidos van sentados de frente. Se les hacen pasar los pies por unos anillos forrados interiormente de lana y unidos unos a otros por unas cadenas de 18 pulgadas; las piernas van también metidas en unas rodilleras de metal.

Así pues, el detenido va sentado sobre “una especie de embudo de zinc y de roble con el derrame a la vía pública” ²²³. Desde luego, la celda no tiene ventana alguna al exterior, y está forrada por completo de chapa; únicamente un tragaluz, también de chapa horadada, da paso a “una corriente de aire regular”²²⁴.

De manera que, por el lado del pasillo, la puerta de cada celda está provista de un ventanillo de doble compartimiento: uno para los alimentos, y el otro, enrejado, para la vigilancia. Por lo tanto, “la abertura y la dirección oblicua de los ventanillos están

²²¹ Ibid., p. 422.

²²² Zavala, op. cit., p. 74.

²²³ Foucault, op. cit., p. 268.

²²⁴ Ibid.

combinados de tal modo que los guardianes tienen incesantemente a los presos ante los ojos, y oyen sus menores palabras, sin que éstos puedan lograr verse u oírse entre ellos”²²⁵. En efecto, “el mismo coche puede, sin el menor inconveniente, llevar a la vez a un presidiario y a un simple detenido, a hombres y a mujeres, a niños y adultos. Cualquiera que sea la distancia, unos y otros llegan a su destino sin haber podido verse ni hablarse”²²⁶.

En fin, la vigilancia constante de los dos guardianes que van armados con una pequeña maza de roble, “provista de gruesos clavos de cabeza de diamante romos”, permite poner en juego un sistema entero de castigos, conformes con el reglamento interior del coche: régimen de pan y agua, empulgueras, privación del cojín que permite dormir, encadenamiento de ambos brazos. “Está prohibida toda lectura que no sea la de libros de moral”²²⁷.

El debate sobre la pena de muerte

En esta cuestión el profesor Zavala Baquerizo abre el telón del debate sobre la controversia de la pena de muerte. Inicialmente, afirma que debemos aceptar que esta controversia realmente se enciende a partir del siglo XVIII, mucho antes, la pena de muerte es aceptada como una cuestión “natural y lógica”, sin que los filósofos y estudiosos del derecho penal se plantean en concreto el problema de la legitimidad de la aludida pena, a la que se considera en esa época, como legítima y que además, se fundamenta en preceptos bíblicos²²⁸.

²²⁵ Ibid

²²⁶ Ibid

²²⁷ Foucault, op. cit., pp. 243-244. Además, Cfr. Zavala, op. cit., p 74.

²²⁸ Zavala, op. cit., p.101.

No obstante, el ilustre profesor español Manuel Pérez de Molina, es uno de los pocos autores en su época, que pone en duda la legitimidad de la pena de muerte y, entre sus reflexiones dice que la pena en su acepción más general y lata, es todo disgusto moral o material que el individuo experimenta, bien como consecuencia inmediata de una causa fortuita, o bien como expiación a que la sociedad le condena por haber ejecutado un hecho malo y prohibido (...) ²²⁹.

Es, cierto que, la pena puede consistir, dice Manuel Pérez de Molina– “tanto en la imposición de un mal como en la privación de un bien, supuesto de ambas causas resulta para el individuo el disgusto físico y moral, que es lo que constituye la esencia del castigo”²³⁰. Es verdad, dice Zavala Baquerizo la pena debe sufrirla el condenado. En definitiva, no sufre quien no vive. Así, la pena debe ser experimentada por el justiciable. Por tanto, no experimenta quien no vive²³¹.

De manera que, no se puede dudar que, la privación de la vida es la privación del goce material como consecuencia que tiene el que vive y del cual se lo aparta al justiciable que, permitiéndosele vivir, se lo priva de la libertad, don máspreciado del hombre para que, desde su celda sienta el dolor, “la pena” de no poder gozar de la libertad, y del sol, y de la sociedad y de su libertad²³².

Desde luego, para discutir inicialmente sobre la pena de muerte se recurre a la interpretación de los textos bíblicos que iluminan esta problemática. Así, por ejemplo, el pasaje fundamental lo podemos encontrar en Romanos 13, 1-7, especialmente, “el que tiene la autoridad es un servidor de Dios para tu bien.

²²⁹ Pérez de Molina, Manuel (1854). La sociedad y el patíbulo, o la pena de muerte. Histórica y filosóficamente considerada. Madrid, España: Imprenta de la Esperanza, p. 53. Cfr. Zavala, op. cit., p. 51.

²³⁰ Ibid.

²³¹ Zavala, op. cit., p. 51.

²³² Ibid.

Pero, si obras el mal, teme, porqueno en vano lleva la espada; porque es un servidor de Dios para hacer justicia y castigar al que obra el mal”²³³. Se dice por parte de algunos autores que “la historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad”²³⁴ como hemos dejado anotado. Sin embargo, esta frase lo que trata es de objetivar un hechoconocido: la antigüedad de la pena capital, no es históricamente cierta,tanto que al inicio de la humanidad no existía pena. Así, matar es una intuición de supervivencia, sin importar si el muerto es un hombre o una bestia²³⁵. “No, la historia de la pena de muerte no es la historia de la humanidad. La que va junto con la historia de la humanidad es la crueldad”²³⁶.

En efecto, el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo pone al descubierto su pensamiento radical al afirmar “que la lucha contra la pena de muerte y contra lo que significa la pena dolor, debe continuarde manera incansable”²³⁷. Y agrega, el autor además, que, hay una sola razón para esgrimir su idea: mientras en el último y más recóndito rincón del mundo se permita matar en nombre de la sociedad,del orden, de la justicia, o a base de cualquier otro pretexto habrá el peligro del contagio. *Nada más comunicante que el virus social de la perversidad legalizada, de la maldad institucionalizada, de la venganza jurídicamente justificada*²³⁸

²³³ Romanos, 13, 4.

²³⁴ Cuello, op. cit., p. 113.

²³⁵ Cfr. Zavala, op. cit., p. 101.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid., p. 104.

²³⁸ Ibid.

La idea vital de Zavala Baquerizo del respeto a la vida y su lucha contra la pena de muerte coincide con el contenido de los derechos fundamentales establecidos en la constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. El pensamiento jurídico está dirigido especialmente a los gobernantes de todos los Estados del mundo en defensa de la humanidad, lo que permite decir que el autor antepone el amor por la humanidad sobre el bienestar personal, como buen ser humano, ciudadano y demócrata. Por ello, Jorge Enrique es contrario a los principales argumentos que están a favor y defensa de la pena de muerte, tales como: el de la intimidación, el de la ejemplaridad, el de la necesidad y el de la utilidad, entre otros, que se examinan brevemente a continuación.

Con relación a la *prevención, intimidación y ejemplaridad*, el autor ecuatoriano, sobre todo enfatiza su visión con relación a la prevención, la intimidación y la ejemplaridad de la pena de muerte. Así, se ha sostenido que la pena es esencialmente intimidativa, pues no sólo extiende su influencia de manera general a la sociedad toda sino que, además, concreta su incidencia específica sobre el condenado. Es decir, de esta intimidación general y especial es que surge el impedimento para que los hombres cometan delitos. De manera que, cuando la pena deja de ser hipótesis por realizarse, un supuesto por cumplirse y pasa a ser una realidad concreta y, por lo tanto, su ejecución se realiza. La intimidación general es ejemplar, pues se convierte en un hecho que, sucedido en la realidad, se lo hace ostensible para que frene la acción delictiva de los hombres.

En definitiva, lo que intimida es la pena; lo que ejemplifica, es la ejecución de esta. Si se observara que la pena sólo es hipótesis, es únicamente posibilidad que no llega a cumplirse, paulatinamente dejarían de tener respeto, se ha producido una erosión penal de carácter general debido a la tácita derogación de la misma. Por lo tanto, la intimidación, adquiere fuerza, vitalidad, cuando la pena— amenaza se convierte en pena—realidad. De la ejecución de la pena en dicha circunstancia, surge el ejemplo, tanto positivo, como negativo. El profesor Zavala Baquerizo se plantea el interrogante de si la pena de muerte como se ha dicho es intimidante y ejemplarizadora.

A la sazón, debe ser aplicada y ejecutada de tal manera que el pueblo se entere tanto de lo que sucede en el desarrollo previo a la imposición, como de la ejecución misma²³⁹. Sin embargo, la ejecución de esta en la actualidad se hace efectiva dentro del mayor sigilo, ante una audiencia escasa, sin más testigos que las personas que se ven obligados, por sus profesiones: médico, capellán, verdugo, etc., a asistir a tal espectáculo que marca en unos una huella imborrable.

Este control estatal es contrario a la pena de muerte. Es, muy diferente que se conozca que una pena de muerte se ha ejecutado, a que se conozca cómo esta se ejecutó. Por ello, de manera radical el autor sostiene que, lo honesto, lo correcto, es que se elimine tal pena por contraria a la humanidad, por contraria a los principios morales que el propio Estado invoca, como en efecto, es el respeto a la vida humana²⁴⁰. Por otra parte, el autor sostiene que la pena capital es contraria a su propia razón de ser. Como se afirma que la muerte de un delincuente libera a la sociedad de una amenaza permanente, según este descabellado razonamiento se debería, a la sazón, matar a los delincuentes locos, a los penalmente inimputables, por estos también constituyen una amenaza social permanente; y si han sido capaces de matar una vez, con la lógica de los defensores de la pena de muerte, también están en capacidad de volver a matar.

²³⁹ Así, en España hasta inicios del siglo XX la pena de muerte se ejecuta públicamente. Así lo dice el Fuero Juzgo, asimismo, lo dispone Las Partidas, en la que se expresaba que la pena de muerte “devese cumplir de día consejeramente ante los omnes, e non de noche e a furto”. De ello, hay muchos comentarios entre ellos, uno dice: “Aquella multitud –la que se había aglomerado alrededor del caldoso– que yo tuve ocasión de ver, inmediata al patíbulo, compuesta por millares de personas tan próximas al fatal tablado como consisten los agentes de la autoridad, apretadísimas, como estrujándose las unas a las otras para ganar siquiera unos centímetros de terreno, antojósome una manifestación francamente morbosa. Lo he dicho: bramaba, rugía, estallaba con desvergüenza con carcajadas... Nadie puede afirmar, sin mentir, que buscase ejemplaridad en el truculento espectáculo de que fui repentinamente testigo, siempre por ineludible deber...”. Cfr. Caballé y Clos, Tomas (1945). La criminalidad en Barcelona. Funcionamiento de la audiencia provincial barcelonesa de 1885 a 1908. Barcelona, España: Editorial Ariel; Zavala, op. cit., p. 107.

²⁴⁰ Zavala, op. cit., p.106.

Aunque, lo cruel de la intimidación y ejemplaridad de la pena demuerte se lo observa cuando se concluye que aun en el caso que el justiciable sea inocente, aun en ese caso como bien expresa Zavala Baquerizo no pierde la pena capital su calidad intimidante y ejemplar: *“Matar a un inocente, por creerlo culpable, es tan intimidativo y ejemplar, como matar a un culpable que ha sacrificado a un inocente”*²⁴¹.

Esto último, es un adelanto que hace el autor sobre el error judicial que lo enfocaremos muy brevemente más adelante. Asimismo, no hay que olvidar, que cuando las ejecuciones se las hacía públicamente, algunos espectadores cometían los mismos delitos que había llevado al cadalso al que era el personaje principal del drama que se desarrollaba públicamente²⁴². Esto constituye, sin duda, una especie de apología del delito.

Como bien afirma Hans von Hentig que “si los maridos asesinaban a sus mujeres en las proximidades de la horca, o un preso damuerte a otro dentro de los muros que rodean la Casa de los Muertos, tales hechos no parecen confirmar la intimidación”²⁴³.

De este episodio, el mismo autor nos recuerda que el fracaso de la pena de muerte como intimidativa y ejemplar se prescribe oficialmente en un áspero edicto de 17 de mayo de 1711, que sustituyela pena de muerte por “el corte de la nariz, de una oreja, trabajos forzados con grilletos, ya que la pena de muerte por la cuerda hasta ahora usada, aunque atroz, no causa miedo, ni temor, ni ejemplo”²⁴⁴.

²⁴¹Ibid., pp. 110-111

²⁴² Ibid.

²⁴³ Hentig, Hans von (1968). La Pena II. Madrid, España: Editorial Espasa- Calpe S.A. p. 132. Obra en la que el autor alemán cita con nota al pie de página (36) a las Chronicles of Crime, editadas por Pelham, vol. I, Londres, 1887, p. 87.

²⁴⁴Hentig, op. cit., p. 132.

En este sentido, concluye el profesor Zavala Baquerizo afirmando que se puede decir que la pena de muerte no es ni intimidativa ni ejemplar,

y sólo un atávico sentimiento que subyace en la conciencia de algunos hombres elevados, de repente, a legisladores o a estadistas, es que puede mantener este criterio que la realidad niega absolutamente y a diario en los propios países en que se mantiene esta maldita costumbre de matar so pretexto de intimidar a los hombres, pese a que la realidad niega la capacidad de la muerte para evitar el delito, cualquier delito²⁴⁵.

La necesidad y la utilidad de la pena de muerte aducida por los amantes del verdugo se refieren a la perspectiva del constructo social, para conservar la tesis del *statu quo*. Tesis que desarrollan al exponer que como es consenso aceptado por cualquier persona que es injustamente agredida y que corre el peligro inminente de perder la vida en manos de su injusto agresor o victimario, puedes, inclusive, sacrificar la vida de éste para salvar la propia, así, como también, el Estado tiene “derecho”, dicho de mejor manera, la necesidad de defenderse del injusto victimario que es el delincuente²⁴⁶.

Zavala Baquerizo anuncia no perder el tiempo refutando tan simple argumento, y nos enseña que sólo debemos recordar que si el individuo injustamente agredido logra superar la situación de necesidad, la defensa deja de ser necesaria, y pese a ello mata a su agresor, no podrá alegar a su favor la excluyente de antijuridicidad bautizada como legítima defensa y debe ser condenado por el injusto cometido, aunque se pueda acoger a la circunstancia atenuante de carácter trascendental del exceso de legítima defensa. Es decir, que el Estado “no puede alegar la legítima defensa cuando no sólo ya ha aprehendido al agresor o delincuente, sino que lo ha desarmado y lo mantiene

²⁴⁵ Zavala, op. cit., p.131.

²⁴⁶ Ibid.

en seguridad en una celda y, por lo tanto, no está en capacidad de hacer daño alguno”²⁴⁷ a la sociedad.

Jorge Enrique piensa que la tesis de la necesidad tendría validez si es que por el hecho de no matar al victimario la sociedad se desintegraría, el ordenamiento jurídico se destruiría, y los hombres quedarían librados a su propia extinción²⁴⁸. Porello, “el sofisma de los defensores del patíbulo, basado en una supuesta necesidad de defensa social, es tan tosco y desmañado, que la ciencia no tiene para qué demostrar su falacia”²⁴⁹.

El argumento de la supuesta utilidad de la pena de muerte, los defensores de esta, si bien parece insólito, afirman que dicha utilidad puede examinarse desde tres ángulos, a saber: la del condenado, la del Estado y la de la sociedad.

La primera, parece una funesta burla, ya que se fundamenta en el hecho de que es preferible que el justiciable pierda la vida de manera rápida antes que pase largos, penosos e inacabables días bajo prisión. Argumento utilitario falaz y ridículo, ya que con la vida siempre hay un futuro, pero la muerte sella lo irreparable²⁵⁰. En buen romance Hentig afirma que “el principio de la santidad de la vida, de cualquier vida, es una pieza valiosa del progreso”²⁵¹. Además, el criminólogo alemán expresa que, en tanto en cuanto declaramos la vida, con independencia de su precio, inatacable, tabú, fortificamos las débiles inhibiciones que detienen a las masas, protegemos con la de los enfermos, los ancianos y los que “carecen de valor”, la propia vida, que en otro

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Maggiore, Giuseppe (1954). Derecho penal (t. II), Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. (citado en Zavala, op. cit., p. 132).

²⁵⁰ Ibid., p. 133

²⁵¹ Hentig, op. cit., p. 125.

caso podría fácilmente ser declarada sin valor por cualquier tirano, y que siempre aparecería provista de un valor negativo cuando osásemos hacerle resistencia²⁵².

Así, preferimos la vida ante la muerte porque esta es la privación de toda posibilidad de experiencias, pero también hemos de aprender a sustituir el principio de santidad de la vida, o de igual valor de cualquier vida, por el ideal de una calidad de vida²⁵³. Admitimos que, el filósofo Robert Spaemann, deduce que,

Las pasiones pertenecen a la naturaleza del hombre, y los estoicos querían también aceptar la propia naturaleza; por lo tanto, debían aceptar igualmente la propia naturaleza. Además, sólo el que actúa comprometido de verdad puede dar fe de los límites de lo posible [...]. La doctrina cristiana sobre la vida se diferencia en este punto de la de los estoicos. Ella, lo mismo que todas las doctrinas de sabiduría del mundo, enseña también la serenidad ante el destino. Pero se diferencia de cualquier otra, de un aparte, por su mayor realismo, y de otra, por una motivación nueva: el realismo consistente en que los límites de la subjetividad natural son determinados de acuerdo con la realidad. La persona serena en el sentido indicado no engaña, por así decir, a los dioses, explicando que las uvas que se le ofrecen están demasiado verdes para ella. No se queda impasible, ni le da el mismo éxito o fracaso de sus propósitos, como enseñaban los estoicos. Por eso son más dramáticos sus fracasos [...]. Evidentemente también Jesucristo es muy distinto de un sabio estoico, cuando, en su angustia mortal, ruega por su vida añadiendo después: [...] no se haga mi voluntad sino la tuya²⁵⁴.

Finalmente, para el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo el argumento de la utilidad de la pena de muerte por ser necesaria para la defensa social carece de toda consideración jurídica y sociológica, por lo que ha sido rechazado, incluso, por aquellos

²⁵² Ibid

²⁵³ Cfr. Singer, Peter (2002). Respetar la vida y la muerte. Una vida ética. Escritos. Madrid, España: Editorial Taurus, p. 246.

²⁵⁴ Spaemann, Robert (2007). Ética: cuestiones fundamentales. Versión española y prólogo de José María Yaguas (8ª ed.). Ediciones de la Universidad de Navarra S.A., pp. 131-132.

que defendiendo la pena de muerte, consideran que su fundamento no se circunscribe en los predios de dicho argumento sino más bien en el la retribución simple de la pena²⁵⁵.

En cuanto al *error judicial, sus causas y efectos*, el profesor Zavala Baquerizo, advierte que la irrevocabilidad de la pena de muerte, es uno de los argumentos que más problemas han causado a los amantes de la pena de muerte ajena. En efecto, el error judicial, pende sobre ellos y han tratado de minimizarlo sin que puedan, espantar semejante realidad que la llevan siempre en sus respectivas conciencias²⁵⁶. Dice además, el autor ecuatoriano que:

*Es que la muerte es absoluta y la justicia humana relativa. La primera no sufre equivocación alguna: cuando sobreviene no tiene rectificación que la supere. La segunda está fundada en la falibilidad humana, proclive y propensa al error, constantemente rectificadas o revocadas. No hay ni puede haber, relación proporcional entre la muerte y la justicia humana*²⁵⁷.

Sobre las dos cuestiones Zavala Baquerizo concluye y argumenta que la segunda no debe hacer uso de la primera, para supuestamente imponer un orden, seguridad, respeto y protección social. Continúa diciendo que aún es instrumento principal del sistema judicial para la organización de ciertas sociedades cuyos miembros se “horroriza ante los “horrores” que observan en los pueblos llamados “primitivos” o peyorativamente llamados “sub-desarrollados”, pero no se horrorizan del salvajismo que significa matar en el defecto humano que es, en síntesis, lo que se llama “justicia terrenal”²⁵⁸. No es necesario entrar al análisis de las fuentes del error judicial, justamente –dice el profesor Zavala Baquerizo, sin embargo, hay que dejar claramente

²⁵⁵ Zavala, op. cit., pp. 154-155.

²⁵⁶ Ibid., p. 155.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Ibid.

establecido que una de las fallas del sistema penal ecuatoriano radica en las oficinas oficiales de investigación por “vía única”²⁵⁹ de las infracciones penales.

Los jueces también aportan su concurso en el conjunto de errores judiciales cuando consideran que la meta de toda investigación procesales obtener la confesión del acusado. “Es indudable que la justicia penal no ha comprendido aun cabalmente el peligro de las falsas deposiciones testimoniales”²⁶⁰. Los fiscales coadyuvan a la producción de los errores judiciales, cuando se prestan al juego de los “investigadores” avalando con su presencia testimonios anticipados de las personas que, previamente, han sido amenazadas por los agentes de policía de ser torturados nuevamente en el caso que digan ante el fiscal hechos contrarios a los que los investigadores pretenden que digan. No obstante, una de las principales fuentes de injusticias se encuentra en los llamados “reconocimientos periciales”.

En conclusión, la culpa de la infinidad de errores judiciales que pesa como trágica sombra sobre la función jurisdiccional la tienen los gobiernos que no han dotado de los medios necesarios para la investigación técnico-científica necesaria en la administración de justicia²⁶¹.

Las consecuencias sociales que provoca el error judicial, entre las más evidentes es la desintegración del grupo familiar y sólo quedan reducidos a frágiles uniones que, en cualquier momento, desaparecen para siempre. Afirma y con mucha razón el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo “que ni los fiscales, ni los jueces se han detenido a

²⁵⁹ Así, resulta que la “investigación de vía única la que se concentra exclusivamente en uno de los elementos de cargo, pasando por alto todas las posibilidades que se oponen a ese cargo”. Hirschberg, Max (1969). La sentencia errónea en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Cfr. Zavala, op. cit., p. 169.

²⁶⁰ Cfr. Zavala, op. cit., p. 178.

²⁶¹ Zavala, op. cit., pp. 164, 169, 172, 178, 183, 184, 187-188.

meditar sobre el costo social que una acusación o condena injusta pueden desencadenar²⁶². Agrega, además, que:

El error judicial duplica la tragedia en relación con la condena relativamente justa, pues el costo no es el mismo en el uno y en el otro caso, pues las consecuencias que se derivan de una infamia, de una ligereza, de una responsabilidad judicial agravan el costo social en relación con el derivado de una condena más o menos justa²⁶³.

La irrevocabilidad de la pena de muerte no sólo se puede centrar únicamente en el error judicial que, desde luego, es un argumento eficaz indestructible que es esgrimido por los abolicionistas, sino que también incide en los casos en el que el legislador hace desaparecer del número de delitos algunos de aquellos que se encuentran sancionados con una pena; o en el caso que también la sanción de pena de muerte se convierte en prisión perpetua, o temporal.

De manera que, si el Estado considera que una conducta enlazada con la pena de muerte debe ser descriminalizada, deja de ser una conducta intolerable para la sociedad, por consiguiente, dicha descriminalización no alcanza a quien ya anteriormente había sido ejecutado²⁶⁴. Finalmente, el Estado, ubicándose en la realidad, no excluye la posibilidad del error judicial y por ello, por mandato constitucional, dispone la indemnización del injustamente condenado. De paso en el Ecuador no existe pena de muerte.

²⁶² Ibid., p. 191.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid., p. 194.

Como bien se sabe, con relación a la *defensa social*, se sostiene que la pena de muerte puede justificarse por la defensa de la sociedad²⁶⁵. Aunque la mayoría de los propugnadores de esta tesis dominante son los abolicionistas, se debe considerar que este argumento en palabras de Zavala Baquerizo es falso, por lo tanto, lo que interesa a la sociedades defenderse rehabilitando a los delincuentes. Así pues, reitera el autor de nuestro estudio que, es desde todo punto de vista una simpleza total que el Estado resuelva sus problemas sociales matando a quienes violentan las normas jurídicas²⁶⁶.

De ninguna manera, la defensa social significa la destrucción individual; al contrario, esta pretende que la sociedad debe defenderse a través del individuo, defendiendo al individuo, haciendo del individuo un ente digno dentro de una sociedad que le brinde dignidad. En definitiva, la defensa social no puede ser un pretexto para justificar la pena de muerte. Apunta Zavala Baquerizo que, el Estado tiene que preocuparse de eliminar los factores criminógenos capaces de provocar la delincuencia dentro de su territorio. La pena de muerte es justa para algunos autores. Así, los que esgrimen este argumento no son capaces de explicarnos que es lo que entienden por “justicia” sentencia el maestro Zavala Baquerizo, que partidarios de la pena de muerte como obra de la justicia, están pensando en la obsoleta ley del talión²⁶⁷, por la cual, de manera objetiva,

²⁶⁵ Al respecto, un autor italiano dice: “[...] negamos que la pena de muerte tenga la misión de salvar a la sociedad; pero, aunque así es, para nosotros el fin de la sociedad está subordinado al del hombre, la personalidad colectiva de aquella no puede absorber la personalidad individual de éste; jamás el hombre puede devenir instrumento de una determinada agrupación de hombres: perezca la sociedad (si fuera posible), pero quede a salvo el hombre”. (Ellero, Pietro (1907). *Opuscoli criminali*, Bolonia, Zanichelli, p. 123. Cfr. Zavala, op. cit., p. 202). Otro autor se pronuncia en contrario y dice: “La defensa nos autoriza para matar legítimamente a quien nos ataca: el interés social, los derechos del Estado le autorizan también para enviar al combate contra los enemigos a quien puede perder ese modo de su existencia [...]”. (Pacheco, Joaquín Francisco (1854). *Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840* (2ª ed.) Madrid, España, p. 259); Zavala, op. cit., pp. 202-203.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 202

²⁶⁷ Kant, es uno de los más firmes defensores de la ley del talión, quien considera que “el mal de la pena debe ser igual al mal del delito”. [Kant, Immanuel (1981) *Crítica de la razón práctica* (2ª ed.). E. Miñana y Manuel García Morente (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe. Título original: *Kritik der praktischen Vernunft* (1788). Cfr. Zavala, op. cit., p. 204].

fáctica, se considera que el mal que debe recibir quien el mal causa debe ser igual al mal causado.

La justicia, ha dicho Del Vecchio es “igualdad proporcionada”²⁶⁸ y tal igualdad no se encuentra entre el delito y la pena. Es más, existe una proporción extrema cuando se trata de la pena de muerte²⁶⁹. Por ello, afirma el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo que no “podemos hablar de justicia absoluta porque está fuera de nuestro alcance. Pero cuando en la conducta dentro de la sociedad nos referimos a la justicia tenemos necesariamente que ponerla con relación a algo. Justa es una cosa²⁷⁰. Agrega además, el autor ecuatoriano que “no es justo” implicahacer una referencia a algo que no está bien; decir “es justo” significa que se aprueba una relación con algo²⁷¹. Sin embargo, Francisco Carpintero Benítez, enfoca a la justicia relacional y, desde este enfoque, sustenta la importancia de la cosa y sostiene que esa es la naturaleza del derecho y dice que, en sentido actual,

la justicia consiste en un *medium rei*, en una proporción “de las mismas cosas”, o que nos es proporcionada por la misma relación social que anda en juego, con independencia de lo que aprecie o quiera el sujeto afectado. Porque un nervio básico de esta visión del derecho es aquel que entiende que un hombre es relevante jurídicamente para otro hombre por referencia a las cosas, esto es, que se ha de calcular lo que uno debe a otro según “la cosa” que los vincula en derecho²⁷².

²⁶⁸ Del Vecchio, Giorgio (1952). La justicia. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma. Cfr. Zavala, op. cit. p. 208.

²⁶⁹ Zavala, op. cit., p. 208.

²⁷⁰ Ibid., p. 209.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Carpintero (1999). Historia del derecho natural... pp. 58-59. Además, “la relacionalidad, en sentido moderno, ha entrado en las ciencias sociales sobre todo con Durkheim” Cfr. Donati, Pierpaolo y García Ruiz, Pablo (2006). Repensar la sociedad. El enfoque relacional. Madrid, España: Ediciones Internacionales Universitarias. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=278066>.

Así, dese luego, “la cosa” que vincula a los hombres en derecho es la justicia. No obstante, para Zavala Baquerizo, “la justicia es un concepto-valor que sobrepasa el concepto de ley: lo justo no siempre es legal y, por ende, lo, legal no siempre es justo”²⁷³. Asimismo, para este autor, “la justicia en su plano humano como concepto valor– vive en los hombres como sentimiento y como instinto; como anhelo y como realidad”²⁷⁴. Además, la justicia dice el profesor Jorge Enrique que, “es el fundamento sobre el cual descansa la sociedad, ya que sería imposible pensar en una sociedad fundada en la injusticia plena”²⁷⁵.

No hay que olvidar que, la idea de justicia la han conservado los hombres por generaciones tras generaciones y han evidenciado este instituto, este anhelo, este sentimiento a través de la historia. Sin embargo, no se conciben los grandes y pequeños levantamiento de los esclavos dentro del contexto del sistema de producción esclavista, de los siervos, de las comunas, de las colonias, etc., en contrario, siempre pensamos en que esos movimientos sociales fueron guiados por el afán de alcanzar la justicia que, en cada caso concreto dice acertadamente Zavala Baquerizo “se ha objetivado por la conquista de elementales derechos que, en la actualidad, se llaman “humanos”²⁷⁶.

En definitiva, afirma Jorge Enrique que, la justicia está muy identificada con los derechos humanos. Es justicia imponerlos. Es justicia que los hombres no se maten unos a otros. Es justicia que se respete por siempre la dignidad del hombre, por parte de la sociedad, por parte del Estado. De manera que, no puede haber justicia en donde

²⁷³ Zavala, op. cit., p. 207.

²⁷⁴ Ibid

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid.

se irrespeten los derechos del hombre; en donde se sacrifique la dignidad del hombre²⁷⁷.

El antecedente histórico

Es importante, finalmente, como bien dice el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo otro de los argumentos sin mayor peso que los anteriores esgrimidos por los anti abolicionistas de la pena de muerte, es el “antecedente histórico”, de manera que hay que echar de vista rápidamente. El mayor promotor es Arturo Rocco en Italia, quien para justificar la pena de muerte en su proyecto de Código penal en 1926 y sobre todo para satisfacer a la dictadura fascista de Mussolini dice:

La historia nos muestra que la pena de muerte es la pena por excelencia en el mundo oriental, en el mundo griego, en el mundo romano; que domina sin oposición en el medioevo en las instituciones jurídicas germanas –y a pesar de los sentimentalismos del cristianismo primitivo en las instituciones jurídicas de la iglesia imperial, de la bárbara y, de la inquisición; se afianza vigorosamente en los siglos XVI, XVII y XVIII como suprema norma de defensa del orden social y de la autoridad del estado; que es a su sombra como se construyen y organizan en vigorosas unidades en Europa los estados modernos. Sólo en la segunda mitad del siglo XVIII, con la afirmación de dogmas individuales, se puso sobre el tapete de la opinión pública el problema de pena capital²⁷⁸.

Según el pensamiento de Rocco, por el abominable hecho de que en las épocas anteriores al siglo XX la pena de muerte había sido la reina de todas las penas, los hombres deberían seguir rindiendo pleitesía a esta, sin considerar el proceso de evolución del pensamiento filosófico y jurídico que, sin duda, caracteriza el progreso de

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Rocco, Arturo, 1926 (citado en Barbero Santos, Marino, 1985. Pena de muerte (el ocaso de un mito). Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, p. 43). Cfr. Zavala, op. cit., p. 209; Neuman, Elías (2004). Pena de muerte. La crueldad legislada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, p. 61.

las civilizaciones²⁷⁹. Así, la pena de muerte como dice Mariano Ruiz Funes, tiene un vimiento racional de abolicionismo:

La pena de muerte permanece a través de los tiempos indiscutible e indiscutida. Su prestigio radica en su intangibilidad. Conforme va ganando terreno la duda con respecto a su eficacia, se acusa su decadencia. Es una de esas instituciones a las que dañan la crítica y el libre examen. Es como un dogma jurídico cuyas raíces están en su utilidad²⁸⁰.

Para el profesor Zavala Baquerizo, lo dicho por Rocco se puede oponer a lo que Pietro Ellero señala:

La esclavitud y la poligamia son legítimas entre los patriarcas, a pesar de ello entre nosotros no lo son; y esto no sólo como medida de conveniencia política, sino por máxima de justicia y moral[...]. Los que defienden los suplicios de sangre, invocando la autoridad mosaica, deben por igual motivo, alabar la frecuencia de los mismos, comprendiendo el talión [...]. El corazón tiembla, y sin embargo son estos los mandamientos de Moisés, y sus secuaces no deben asustarse. [...] todasaquellas sanciones, incluso la lapidación, y obligar al pueblo todo actuar de verdugo, a lanzar la piedra contra el adúltero, contra el adivino y contra el que osara recoger una espiga de grano un día sábado [...] ²⁸¹.

Y si de tradición histórica se trata, inclinemos la mirada a las legislaciones anteriores al Antiguo Testamento y reimplantar las Leyes de Manú y de Hammurabi, parece que los mortícolas se basan en lo mismo para defender la pena capital creen que mientras más edad tenga una pena es mucho mejor. Así, los argumentos esgrimidos por los autores con los que tratan de “justificar la existencia de ese monstruo de la crueldad

²⁷⁹ Zavala, op. cit., pp. 209-210.

²⁸⁰ Ruiz Funes, Mariano (1944). Actualidad de la venganza. Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, p. 125. Cfr. Neuman, op. cit., p. 61.

²⁸¹ Ellero, Pietro (2018). Sobre la pena de muerte. Santiago de Chile, Chile: Editorial Ediciones Jurídicas Olejnik. Cfr. Zavala, op. cit. p. 210.

humana que se llama pena de muerte”²⁸². Dice el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo, sin embargo, hemos logrado rebatir uno a uno los argumentos sobre los verdugos, por lo tanto, piénsese que, de ninguna manera, ese monstruo “no debe ser un instrumento para exterminio del hombre, sino un medio para cumplir con la finalidad de todos los hombres que se puso muy en claro en el martirio de Cristo”²⁸³.

Al autor de esta investigación le parece bien que las palabras del profesor Zavala Baquerizo son ciertas, y mucho más aún cuando agregamos acertadamente “que cada uno de los hombres del mundo busquen la regeneración, la readaptación y la resocialización del hombre por el amor, el ejemplo y la virtud”²⁸⁴. Por ello, no es partidario de la pena de muerte. Además, el propósito de este, no es hacer un análisis de las diferentes religiones del mundo sobre la pena de muerte.

Así pues, siguiendo al profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo, hay que limitarse sólo a examinar las posiciones de ciertas religiones, principalmente de la cristiana, para conocer hasta dónde las mismas justifican o rechazan la pena de muerte²⁸⁵. No hay que olvidar, que, el pueblo hebreo nos invita a reflexionar sobre el *ex antes* y *ex post* de Moisés, ya que la ley mantiene la pena de muerte. Aunque, con el transcurso del tiempo, los intérpretes hacen forma para dificultar la imposición de esta, hasta que el actual estado de Israel la inhabilita sin condición alguna.

El *Antiguo Testamento* es depositario de la pena de muerte para la comisión de gran cantidad de delitos. *La Tora* el libro orientador de los judíos es explicable que mantenga la pena de muerte como una de las principales de la legislación hebrea, en

²⁸² Zavala, op. cit., p. 211.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid., p. 214.

efecto, no es así, debido a la clara inteligencia de este pueblo para comprender esta cuestión con criterio de humanidad y de actualidad²⁸⁶.

En cambio, los pueblos cristianos, sin duda alguna, presentan una evolución inversa a la del pueblo judío. Veamos, por ejemplo, en el *Nuevo Testamento* no existe disposición alguna que pueda vislumbrar una conclusión que Jesús es partidario de la pena de muerte. Por el contrario, la figura de Jesucristo ha sido, precisamente, por su filosofía de bondad, de resignación y de sacrificio.

Desde luego, no hay que olvidar, que los anti abolicionistas se fundamentan en la expresión de Jesús de no haber venido a cambiar la ley y que, por lo tanto, los rígidos y generalmente crueles mandatos del *Antiguo Testamento* son adoptados por el Mesías, se debe pensar que esta expresión no significa que se adhiera incondicionalmente a la ley, sino en tanto esta no se opusiera a su doctrina de bondad, de caridad, de esperanza, de abnegación y de resignación²⁸⁷.

Hay un infinidad de pasajes en el *Nuevo Testamento* que ratifican lo afirmado por el maestro Zavala Baquerizo, sin embargo, por lo general, son los evangelios, los amantes del patíbulo se han valido para justificar la pena de muerte, hasta que en el 1 de agosto de 2018 que el papa Francisco ha aprobado la modificación del catecismo católico para declarar "inadmisible" la pena de muerte y ha mostrado el compromiso de la Iglesia en animar a su abolición en todo el mundo²⁸⁸. Y esto evidentemente nos lleva

²⁸⁶ Ibid., pp. 214-215.

²⁸⁷ Ibid., p. 215

²⁸⁸ El cambio se debe a que, según el nuevo texto, "hoy está cada vez más viva la conciencia de que la dignidad de la persona no se pierde ni siquiera después de haber cometido crímenes muy graves" y "se ha extendido una nueva comprensión acerca del sentido de las sanciones penales por parte del Estado". "Se han implementado sistemas de detención más eficaces, que garantizan la necesaria defensa de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, no le quitan al reo la posibilidad de redimirse definitivamente", se justifica en el nuevo texto. El cambio, data desde el 1 de agosto de 2018, entrará en vigor con su

a señalar, que mientras los judíos parten en el desarrollo filosófico sobre la pena de muerte desde la imposición y defensa de esta hasta su abolición, los cristianos hacen lo contrario: de la bondad, del perdón, de la claridad surgida de la filosofía de Jesús, enemigo de la violencia, llegan a la defensa y mantenimiento de la pena de muerte.

Exclama Zavala Baquerizo que la “¡Extraña manera de pensar la de ciertos cristianos!..”²⁸⁹. Por otra parte, el tema de discusión en este apartado se puede ilustrar muy bien con las palabras de Iser Guinzburg quien dice:

Mas, con el desenvolvimiento ulterior del pueblo judío, particularmente en la época del Segundo Templo, produjese un cambio fundamental, en el sentido de un progreso, en los conceptos del pueblo acerca del crimen y el castigo. Además del severo sentimiento de justicia y equidad, de la igualdad de pobres y ricos ante la ley, desarrolla, también, fuertemente el sentimiento genuinamente humano de la compasión. La vieja Ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente), hacía tiempo que se interpretaba en el sentido de fijar un valor pecuniario por el ojo o por el diente. De manera que, al advenimiento del Nazareno con sus doctrinas humanitarias, este lo encuentra todo hecho ya. Ni un sólo pensamiento, ni una sola expresión, casi, se encuentra en su Sermón de la Montaña que no pueda ser hallado en los escritos judíos²⁹⁰.

publicación en el diario oficial, L'Osservatore Vaticano, y en el Acta Apostolicae Sedis, que recoge los textos oficiales de la Santa Sede. El Comercio (02.08.2018). Recuperado de: <https://elcomercio>

[.pe/mundo/actualidad/papa-francisco-modifica catecismo declara inadmisibile pena muerte-noticia-nndc-542563](https://www.elnacional.com/noticias/mundo/vaticano-declaro-inadmisibile-pena-muerte_2). Consulta: 30/01/2019; y, El Nacional (02.08.2018). Recuperado de: http://www.elnacional.com/noticias/mundo/vaticano-declaro-inadmisibile-pena-muerte_2 46485. Consulta: 30/05/2022. Mas, sin embargo, “hay, tanto en la Iglesia como en la sociedad civil, una tendencia progresiva a pedir una aplicación muy limitada e, incluso, su total abolición” (Juan Pablo II, Encíclica Evangelium Vitae, 1995).

²⁸⁹ Zavala, op. cit., p. 215.

²⁹⁰ Guinzburg, Iser (2009). El Talmud. Valladolid, España: Editorial Maxtor, pp. 142 y ss. Cfr. Zavala, op. cit., p. 215.

El profesor Zavala Baquerizo está de acuerdo con lo expuesto, sin embargo, hace una aclaración: los primeros cristianos no se conforman con sólo mantener el ideal abstracto al que se refiere Guinzburg, sino que lo practican. No hay que olvidar, entonces, que los cristianos romanos se dejan sacrificar, pero se niegan a formar parte del ejército, siendo, por lo tanto, los primeros objetores de conciencia.

Aquí, cabría dejar esclarecido de que son los “segundo” cristianos, esto es, los que teniendo el poder político pueden haber hecho realidad las enseñanzas de Cristo, los que traicionan su ideal. Por lo tanto, sus leyes, en lugar de dirigirse a sembrar y generalizar la justicia, la igualdad, el amor, son extremadamente intolerantes, sedes de castigos severos para todos aquellos que consideran contrarios a su manera de pensar.

Son evidentes, las miles de hogueras que se levantan en Europa, en donde queman a los condenados por herejes, o por brujos²⁹¹. Por ello, nos afiliamos a la firme posición asumida por el profesor Zavala Baquerizo al compartir la afirmación de Guinzburg al sentenciar que “el cristianismo quemaba por las ideas libres; el judaísmo castigaba por las malas acciones”²⁹². Lo cierto es que agrega Jorge Enrique que el pueblo hebreo, sin contradecir la ley fundamental, limita su imposición y ejecución la pena de muerte hasta hacerla en la práctica casi imposible²⁹³.

Además, podemos agregar el quinto mandamiento de “no matarás” para los judíos significó eso: no matar. En cambio, el “no matarás” para muchos cristianos significa: “mata cuando convenga a los intereses individuales, sociales o patrióticos”; es un “no

²⁹¹ Zavala, op. cit., p. 216.

²⁹² Guinzburg, op. cit., p. 165. Además, Cfr. Zavala, op. cit., p. 216.

²⁹³ Zavala, op. cit., p. 216.

matarás” condicionado y, por lo tanto, falaz²⁹⁴. Esto bien se explica por cuanto, del Talmud ley rabínica se interpreta las enseñanzas básicas de misericordia y bondad.

Merece también, referirse a la presencia del *verdugo*, por lo tanto, el examen, aun cuando breve, de acuerdo con Zavala Baquerizo no podemos hablar de la pena de muerte sin ponerla con relación directa y concretamente con el verdugo. Se trata de un personaje creado por el Estado, que el mismo Estado le enseña que debe matar, que se debe respetar la vida humana, que es intolerable para el Estado el que una persona mate a otra; pero que no le enseña que, en caso que este lo necesitara, se le concede permiso, para que impunemente, mate a la persona que el Estado, a través de sus jueces, le indica, para cumplir unas leyes que impone la pena capital, elaboradas por legisladores o gobernantes, que a su vez están obligados a poner el ejemplo, respetando la vida y la dignidad humanas.

Como primer punto cabría la necesidad de establecer cómo define Zavala al “verdugo”. “Sí, el verdugo es la vergüenza de los mortículos; es el estigma de la sociedad, es la negación de la moral, pero es un oficial de la “justicia” refiere además el autor “entendida ésta en su concepto más flaco y limitado, como símbolo de una enferma función jurisdiccional insegura, comprometida y veleidosa”²⁹⁵. O, recordemos algo que, en el transcurso del tiempo esta función es encomendada de manera accidental a ciertas personas esto no sucede ni en la venganza de sangre, ni en la venganza divina que por entornos especiales, actúan como ejecutoras oficiales.

En Francia e Inglaterra medievales el verdugo es a veces un condenado a muerte que acepta este oficio a cambio de salvar la vida. En los estados alemanes, el casado más joven del pueblo o el último hombre que se ha empadronado. En Amberes el cargo

²⁹⁴ Ibid., p. 218

²⁹⁵ Ibid., p. 272.

llega a darse al decano de los carniceros, para obrar como verdugo, y así sucesivamente²⁹⁶ con la misma lógica, probablemente, con que, en los albores del presente siglo, hay algún proyecto de traspasar el oficio a los cirujanos, en razón de sus superiores conocimientos de anatomía²⁹⁷.

En España el verdugo es designado para la ocasión cuando no lo hay, si bien el cargo, a menudo, aunque no de suerte oficial. Este es un oficio que, se trasmite de padres a hijos, es decir, se hereda, sin embargo, en muchos lugares no les está permitido emparentarse más que con miembros de otras familias destinadas al mismo oficio.

Por otra parte, la personalidad del verdugo no es analizada seriamente ni es objeto de estudio especializado por parte de psicólogos, tal como se lo ha hecho repetidas veces sobre la personalidad del delincuente. El verdugo o ejecutor es un delincuente “oficial” y no interesa estudiarlo por vergüenza ajena.

Dice Zavala Baquerizo que todos los que se dedican al examen del sistema penal tratan al verdugo de manera superficial, sin profundizar mucho en el estudio de su función, ni lo hacen objeto de un análisis particular²⁹⁸. El autor escribe, además “[...] los estudiosos sienten vergüenza [...] de este personaje tan execrado a través de los

²⁹⁶ Charles-Henri Sanson (1739-1806), considerado el último descendiente de una larga casta de ejecutores. La tragedia de los verdugos –y su vivencia– es el resultado de una civilización enfermiza legal y moralmente. Parece que, en efecto, el texto pudo basarse en las vivencias apócrifas de ejecutor de Luis XVI, pero es en gran parte compuesto por Balzac y L’Heritier de l’Ain. La edición que se conoce y es reestructurada y aumentada de cara a su primera edición en seis volúmenes por un descendiente de la saga Sanson, Henri Sanson Clement, en 1847 (Bourdin, Philippe (2004). *Sept générations d’executeurs. Mémoires des borreaux Sanson (1688-1847)*. *Annales Historiques de la Révolution Française*, 337, pp. 217-219). Cfr. Zavala, op. cit., pp. 273-274; y, Pérez Fernández, Francisco (2013). La figura institucional del verdugo como espejo público (siglos XVIII-XX). El ejecutor de sentencias y sus variantes psicológicas. *Revista de historia de la psicología* (vol. 34, nº 3, septiembre, pp. 57-80).

²⁹⁷ Cfr. Eslava, Juan (1993). *Verdugos y torturadores*. Madrid, España: Editorial Ediciones Temas de Hoy S.A., p. 22.

²⁹⁸ Zavala, op. cit., p. 273.

tiempos [...] los novelistas²⁹⁹ no han dejado de presentarlo como uno de los estigmas de la sociedad: para unos, vergüenza necesaria; para otros, vergüenza injustificada”³⁰⁰.

El verdugo surge con personalidad propia, por lo tanto, siguiendola personalidad y la historia del que es en su tiempo verdugo de la Audiencia Provincial de Madrid, Áureo Fernández Carrasco, en líneas generales cabe destacarse en el perfil de cuantos ocupan el tan inhumanooficio a lo largo del tiempo: “había ido de soldado a Cuba. Perdida la guerra regresa a España y son los dientes del hambre los que le fuerzana ser verdugo; empleo que muchos, tan necesitados como él, codician”³⁰¹. Así, nos refiere el profesor Elías Neuman, el verdugo o ejecutorde sentencias, en definitiva, y a medida que los tiempos son liberándose de las notables supersticiones institucionalizadas, se convierte en una víctima más del sistema penal que suele internalizar esa condición en un ejercicio subjetivo imprescindible para exonerar sus culpas [...]. El justificar ante sí y los demás su trabajo es, más allá de todo cumplimiento legal, como justificar el irracionalismo de las muertes que causa³⁰².

De ahí que, volviendo al tema, el verdugo siempre ha sido un serque ha provocado una natural repugnancia, una época se lo obligó a utilizar vestidos especiales –de colores chillones– para ser identificado fácilmente por la comunidad. Así, por ejemplo, en Oviedo, en el año 1600, se dispuso vestirlo de colorado y azul hasta 1670 que se ordena vestirlo de apapagayado. Y esto evidentemente nos lleva a tener que señalar que, la sociedad siente horror

²⁹⁹ El verdugo había de ser una persona extraída del propio orden social al que se pretendía salvaguardar. Por esto, en diferentes lugares de Centroeuropa, de suerte inopinada y como si se tratara de un rito de paso, era el adulto más joven de la ciudad el encargado de las ejecuciones. Cfr. Reader, Paul (1974). *Cárceles y verdugos*. Barcelona, España: Editorial Picazo; Zavala, op. cit., pp. 273-274; y, Pérez, Francisco, op. cit., pp. 61 y 63.

³⁰⁰ Zavala, op. cit., p. 273.

³⁰¹ Zamacois, Eduardo (1964). *Un hombre que se va... (Memorias)*. Barcelona, España: Editorial AHR, p. 164.

³⁰² Neuman, Elías (2006). *Verdugos y médicos, ¿víctimas o victimarios?* San José de Costa Rica: ILANUD al Día (vol. 14), n^o. 27, p. 53

por quien mata. Por su parte, Carnelutti³⁰³ lo ha manifestado muy claramente: [...] La verdad es que quien quiere matar, si condena a muerte, es el juez, no el verdugo. De ordinario los hombres, que todo lo ven al revés, sienten horror por quien mata, no por quien manda a matar: en la antigua Venecia el verdugo vive aislado, en la mitad del campo de Santa Margarita, porque nadie quiere ser vecino suyo; en España a los verdugos les pintan de rojo la casa, a fin de que todos pudiesen evitarla [...]³⁰⁴

Como observa, Carnelutti en este caso más responsabilidad tiene el juez que condena a muerte que la ejecuta. Desde luego, por un lado, el negocio del verdugo “es extenso y la ignorancia o la superstición de los hombres le proporcionan pingües ganancias”³⁰⁵.

Por otro lado, “la idea de que el pueblo tiene de un verdugo es que representa toda la maldad, la perversidad, la crueldad, la insensibilidad humana; que todo lo que dice su voz es la muerte, que donde se acerca provoca la desgracia ajena, etc.”³⁰⁶. Zavala piensa que aun en los países en donde, felizmente, no existe la pena de muerte, como en el nuestro, decir “verdugo” es sintetizar en una palabra todo lo que de vil, perverso, sádico y monstruoso puede llegar a ser un individuo, porque para el pueblo este puede matar fríamente, sin duda, sin vacilación y lo hace por un precio³⁰⁷.

En síntesis, el autor ha logrado fijar una posición para desarrollar una teoría coherente que pueda explicar que la humanidad del siglo XX y la de hoy en día, engendra los problemas que ha vivido y sigue viviendo de una manera rara, en su orden. Es de manera rara porque la humanidad ha vivido y sigue viviendo contra la humanidad. Por

³⁰³ Carnelutti, Francesco (1961). Cuestiones sobre el proceso penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediciones jurídicas Europa-América.

³⁰⁴ Ibid., p. 425.

³⁰⁵ Zavala, op. cit. p. 279

³⁰⁶ Ibid., pp. 283-284.

³⁰⁷ Ibid., p. 284.

ello, mientras por un sector la ciencia y la técnica progresan en los laboratorios, campos de experimentación que les ha permitido conquistar el espacio, la luna, la guerra de las galaxias, la internet, etc., por otro lado, esta misma ciencia y técnica se aprovechan, o se estimulan, para desarrollarse en contra de la humanidad.

Es decir, sin embargo, nos encontramos afirma el autor frente a Caín contra Caín, y que ya los buenos como Abel han desaparecido hace mucho tiempo de la faz de la tierra por no haber tenido cabida dentro de la humanidad.

Concretamente el disgusto hacia esta orgía de sangre y mutilaciones, todas las profesiones han tenido sus representantes. De una parte, los abogados-fiscales cooperan en las sentencias de muertes injustas. Así, hay que recordar, los famosos procesos de depuración política rusos dirigidos por inspiración de Stalin³⁰⁸. De otra, los médicos experimentando en los cuerpos vivos de los prisioneros de los nazis, rusos, polacos, etc. Asimismo, los físicos y los químicos aportando sus conocimientos a las nuevas torturas y el “lavado de cerebro”. Es decir, todos estos, por tal razón, son verdugos y peores que los verdugos de ayer.

Finalmente, en un Estado o sociedad de la periferia como el nuestro, la pena de muerte, sin duda, hoy en día, es sustituida por quintiles de extrema pobreza, cuyo *verdugo oficial* es el gobernante perverso corrupto y rapiñador de los fondos y bienes públicos quien asesina fríamente a la gente del pueblo a través del hambre y, logra

³⁰⁸Joseph Stalin (1878-1953) se forma para “limpiar” o “depurar” el régimen y al partido de opositores que pudiesen ponerlo en peligro, entre ellos: los “Grandes Procesos de Moscú” que acontecen de 1936 a 1938. Así, y desde luego, algunas fuentes hablan del asesinato de unos seis millones de personas en las frías cárceles rusas o campos de trabajo, es decir, enviadas al sistema Gulag para ser más exactos. Sin embargo, hay que señalar que Stalin, es considerado por sus leales como el “jefe genial” que “guiaba al país con mano firme”. Broué, Pierre (1988). Los procesos de Moscú. Berta Juliá (trad.). Barcelona, España: Editorial Anagrama. Título original: Les procès de Moscou. Editions Julliard, París, 1964. Cfr. Zavala, op. cit., p. 302.

inescrupulosamente, beneficio personal y de su entorno, es decir, a quien se le ha encargado la misión de custodiar y otorgar el bienestar de la sociedad obuen vivir.

Con relación a la *condena extrajudicial* en la concepción del autorde nuestro estudio y desde un punto de vista existencial, la pena de muerte convive con la humanidad. Explica Zavala Baquerizo a fin de sustentar los fundamentos en contra de esta condena extrajudicial. Hay quienes consideran que la pena capital es la única capaz de frenar la delincuencia, mientras otros opinan que no sólo es que la frenan sino que la eliminan³⁰⁹. De igual manera, hay quienes celebran estrepitosamente cuando la policía en “*supuestos enfrentamientos*” con “*supuestos delincuentes*” mata a una u otra personas. Así, este tipo de pena de muerte es denominada *ejecución sumarísima* o *arbitraria* por cuanto no es precedida ni por tribunales, ni por acusaciones, ni por defensas. En síntesis, es aquella que se impone en el acto, es decir, el policía es, a la vez, asambleísta, juez y verdugo: asambleísta, porque crea la pena de muerte; juez, por cuanto es él que declara la responsabilidad del justiciable condenado e impone la pena de muerte; y, verdugo, porque es el mismo el que ejecuta la sentencia impuesta y creada por él³¹⁰.

Así, desde esa arbitrariedad resulta más fácil eliminar a *supuestos delincuentes*, poseyendo perennemente la justificación de que el *supuesto delincuente* quiso revelarse contra el agente de la autoridad. Aunque, la eliminación de *supuestos delincuentes*, sea legal o ilegal, no soluciona, ni nunca ha solucionado, el problema del delito, del delincuente y de la delincuencia.

Y la única razón “es porque ese hombre, sacrificado por el tirano, o por el pueblo, debe ser sujeto pasivo de un proceso penal, porque así lo ordena las leyes penales vigentes

³⁰⁹ Zavala, op. cit., p. 305.

³¹⁰ Ibid.

al sacrificio, porque tiene derecho a defenderse, a ser oído [...]”³¹¹. Basta citar, a título de ejemplo, la doctrina del profesor Zavala Baquerizo, como un homenaje a las víctimas de las tiranías de todos los tiempos y de todas las épocas, inclusive de hoy en día, referirnos a la pena de muerte extrajudicial, que, sin provenir de los tribunales de justicia legítimos, provoca el mismo resultado nacido de estos: “la muerte de la víctima del odio y de la indignidad humana”³¹².

Pero volvamos a la afirmación conceptual del término ejecución extrajudicial como es acuñada por el relator especial de Naciones Unidas Philip Aston, acuñado en su informe señala que este término “[...] se refiere a aquellas ejecuciones que son llevadas a cabo fuera del sistema legal de un estado o falsos positivos y la perpetración de diversas masacres [...]”³¹³. Por eso, siguiendo a Zavala Baquerizo, nunca está demás estudiar –aunque sea brevemente el linchamiento, la violencia política, la asociación ilícita y el magnicidio dentro del contexto de la muerte sin sentencia legal³¹⁴.

Así, para Daniel Sueiro (1931-1986) “no se conoce muy bien el verdadero origen de la expresión “linchamiento”, pero en cambio se conoce demasiado bien su temible significado: cercade seis mil personas negras, por supuesto, casi todos– linchados

³¹¹ Ibid., p. 307.

³¹² Ibid., p. 308.

902Alston, Philip (2009) Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. 11th session of the Human Rights Council. A/HR C/11/2. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Executions/Pages/AnnualReports.aspx>.³¹³

³¹⁴ No hay que olvidar, en esta parte a las víctimas del linchamiento. Así, por ejemplo, las estadísticas de linchamientos reportados en Estados Unidos indican que, entre 1882 y 1968, 4.730 personas son linchadas, de las cuales 1.293 eran blancas y

3.437 eran negras (Cfr. Asociación Nacional para el Progreso de la Gente de Color – NAACP siglas en inglés–, fundada el 12 de febrero de 1909). Sin duda, todo linchamiento es injusto y bárbaro, por cuanto siempre será cometido con mucha crueldad “humana”. Es decir, no se puede hablar de ninguna manera de un linchamiento decente, justo y civilizado.

desde 1882 hasta nuestros días [...]”³¹⁵. En cierto sentido, y desde el punto de vista conceptual, nosotros sí sabemos que la palabra linchamiento no solo es un sustantivo sino un verbo que significa ejecutar sin proceso y tumultuariamente a un sospechoso o a un reo, según el Diccionario de la Real Academia Española. Además, esta palabra se cree se la debemos a Charles Lynch (1736-1796), un juez de Virginia, Estados Unidos, quien encabezó una corte irregular para castigar a los partidarios leales de los británicos durante la guerra de la independencia de este país. Así mismo, de él deriva el nombre de la *Ley de Lynch* con la que esa corte impone sentencia a una persona sin el debido proceso legal.

La pena de muerte en la actualidad

Se ha consignado con anterioridad cómo el autor nos llena de esperanza frente a su posición contraria a la pena muerte. Es decir, nos invita a soñar aristotélicamente despiertos, cuando bien se refiere al optimismo abolicionista, fracasos y triunfos del abolicionismo, democracia y pena de muerte, las convenciones y los congresos, el mundo y la pena de muerte, y pone de manifiesto su propio sueño³¹⁶.

Hoy en día, más de las dos terceras partes de los países del mundo han abolido la pena de muerte. Esto explica que tenemos una tendencia a la baja del número de condenas a muerte y de ejecuciones globales. Sin duda, esta tendencia, es debido a más de dos tercios de los países del mundo ya han abolido la pena de muerte en el contexto de sus legislaciones positivas o en la práctica.

Aquí, es importante recordar que es difícil determinar la cifra total real de ejecuciones por la ausencia de datos estadísticos oficiales en algunos países, entre los que se encuentra China. Así pues, independientemente, de este país, el 78% de las

³¹⁵ Sueiro, Daniel (1968). *El arte de matar* (1ª ed.). Madrid, España: Editorial Alfaguara. Cfr. Zavala, op. cit., p. 308

³¹⁶ Ibid. pp. 441-485.

ejecuciones contabilizadas en 2018 se produce en cuatro países (Irán (253), Arabia Saudí (149), Irak (52), Pakistán (14); y, Vietnam (122)³¹⁷.

Ya en la actualidad la vigencia de la pena de muerte se la puede observar a través de la clasificación de los países del mundo, de acuerdo con las legislaciones penales positivas, en cuatro grandes grupos, a saber: los que han abolido la pena de muerte; los que han abolido la pena de muerte para delitos sancionados por el derecho penal común; los que mantienen una moratoria sobre las ejecuciones y los que aplican las penas de muerte. Los países en donde se ha abolido la pena de muerte para todos los delitos son los siguientes:

Albania, Alemania, Andorra, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Bután, Cabo Verde, Camboya, Canadá, Chipre, Colombia, Congo (República del), Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Fiyi, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea, Guinea-Bissau, Haití, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Salomón, Italia, Kirguistán, Kiribati, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Madagascar, Malta, Mauricio, México, Micronesia, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nauru, Nepal, Nicaragua, Niue, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Palau, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Ruanda, Rumania, Samoa, San Marino, Santa Sede, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia (incluido Kosovo), Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza,

³¹⁷ Así, en Irán, tras haberse reformado la legislación antidrogas, las ejecuciones registradas descendieron de 507 (como mínimo) en 2017 a 253 (como mínimo) en 2018, lo que supone una reducción del 50%. En Irak y Pakistán, las ejecuciones descendieron hasta, aproximadamente, un tercio de sus respectivas cifras de 2017: de 125 (como mínimo) a 52 (como mínimo) en Irak, y de 60 (como mínimo) a 14 (como mínimo) en Pakistán. Somalia redujo a la mitad las ejecuciones, al pasar de 24 en 2017 a 13 en 2018. Sin embargo, pese a estos descensos, Irán siguió representando más de un tercio de todas las ejecuciones registradas, y el 78% de las ejecuciones conocidas se llevaron a cabo en sólo cuatro países: Arabia Saudí, Irak, Irán y Vietnam (Cfr. Informe Global de Amnistía Internacional..., pp. 8-9).

Surinam, Timor Oriental, Togo, Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Vanuatu, Venezuela, Yibuti³¹⁸.

En cambio, los países en donde se ha abolido la pena de muerte sólo para delitos previstos en el derecho penal común. La pena de muerte persiste como excepción para los delitos previstos nos encontramos con: Brasil, Burkina Faso, Chile, El Salvador, Guatemala, Israel, Kazajistán, Perú³¹⁹.

Los países que mantienen la pena de muerte para delitos comunes como el asesinato, pero que pueden ser considerados abolicionistas de hecho dado que no han ejecutado a nadie durante los últimos 10 años y se cree que mantienen una política o una práctica consolidada de no llevar a cabo ejecuciones, se distinguen:

Argelia, Brunéi Darussalam, Camerún, Corea del Sur (República de Corea), Eritrea, Federación Rusa³²⁰, Ghana, Granada, Kenia, Laos, Liberia, Malawi, Maldivas, Malí, Marruecos y Sáhara Occidental, Mauritania, Myanmar, Níger, Papúa Nueva Guinea, República Centroafricana, Sierra Leona, Sri Lanka, Eswatini (antigua Suazilandia), Tanzania, Tayikistán, Tonga, Túnez, Zambia³²¹.

Lo dicho, resulta negativo y doloroso es, enlistar los países retencionistas en los que, se aplica la pena de muerte y, son los que siguen: Afganistán, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Belice, Bielorrusia, Botsuana, Chad, China, Comoras, Corea del Norte (República Popular Democrática de Corea),

³¹⁸ Cfr. Informe Global de Amnistía Internacional..., p. 53.

³¹⁹ Ibid., p. 54.

³²⁰ No hay que olvidar que, la Federación Rusa decreta una moratoria de las ejecuciones en agosto de 1996, Sin embargo, en la República Chechena se llevaron a cabo ejecuciones entre 1996 y 1999 (Cfr. Informe Global de Amnistía Internacional..., p. 54).

³²¹ Cfr. Informe Global de Amnistía Internacional..., p. 54.

Cuba, Dominica, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Etiopía, Gambia, Guinea Ecuatorial, Guyana, India, Indonesia, Irak, Irán, Jamaica, Japón, Jordania, Kuwait, Lesoto, Líbano, Libia, Malasia, Nigeria, Omán, Pakistán, Palestina (Estado de), Qatar, República Democrática del Congo, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Singapur, Siria, Somalia, Sudán, Sudán del Sur, Tailandia, Taiwán, Trinidad y Tobago, Uganda, Vietnam, Ye-men, Zimbabue³²².

Además, el Congreso de Filipinas aprueba en 2017 un proyecto de ley para reintroducir la pena de muerte y en otros países como India, Singapur y Tailandia se amplían los delitos punibles con esta pena.

Ahora bien, una forma de distinguir la vigencia de la pena de muerte hoy en día, en la sociedad estadounidense es a través de la basea datos estadísticos. En el caso de sólo hay que echar una mirada rápidaa los datos existentes. Así, por ejemplo, el punto de partida es desde luego, las ejecuciones en 2018 se centran particularmente en los Estados de: Texas (13), seguido de Tennessee (3), Georgia (2), Florida (2), Alabama (2), Dakota del Sur (1), Ohio; y, Nebraska (1)³²³.

Como resultado de un estudio realizado por el Fondo de defensa legal de la NAACP de los Estados Unidos de América en el mes de enero de 2016 sin duda, por condición determina, que el índice de personas afroamericanas convictas en el corredor de la muerte es de 43%, sólo el 1% menos que el índice de personas

³²² Ibid., p. 54.

³²³ Ibid., p. 14. Además, las cifras basadas en información publicada por los Departamentos de prisiones, los tribunales y los medios de comunicación de los estados correspondientes de EE.UU. Recuperado de: <https://deathpenaltyinfo.org/versi%C3%B3n-en-espa%C3%B1ol/>

caucásicas³²⁴. El porcentaje de latinos es de 10% seguido de 3% de otros, cuyo origen es asiático. Además, una encuesta realizada en 2010 anuncia que una clara mayoría de los votantes, el 61%, elegiría un castigo distinto a la pena de muerte por asesinato³²⁵.

En cambio, un 33% prefería la pena de muerte, mientras que otro 6% no se pronuncia. Dicho 61% en un 39% que prefería la vida sin libertad condicional, pero con restitución, un 13% vida sin libertad condicional y un 9% vida con libertad condicional.

Hoy en día, cuando oímos la palabra pena de muerte, pensamos en reglas o normas retributivas absolutas como castigo inhumano y discriminatorio que, debe ser abolido desde siempre y para siempre en toda la latitud de la geografía de la humanidad civilizada. Se trata de echar de vista objetivamente a los justiciables no sólo como ladrones, estafadores, violadores, asesinos, etc., sino echar de ver mucho más allá, observar, reflexionar y entender que son seres humanos que, a pesar de haber adecuado sus conductas a los injustos penales, no hay nada que los distinga de los demás seres humanos.

Al respecto, el autor de este libro considera que la vida es un bien jurídico indispensable que, atañe exclusivamente al ser humano por ser tal. Así, la tendencia abolicionista está ganando terreno paso a paso lo que hace entrever que, a largo plazo y tras un lento y tortuoso camino, podamos alcanzar a disfrutar de un mundo libre de la pena de muerte definida por Naciones Unidas como cruel e inhumana. De manera que, siguiendo a Beccaria defiende la abolición de la pena muerte al creer que es una violación del principio de indisponibilidad de la vida humana.

³²⁴ Cfr. Fondo de defensa legal de la NAACP, Corredor de la muerte EE. UU, 2016. Recuperado de: <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/DRUSAWinter2016.pdf>, p. 38

³²⁵ Ibid.

Finalmente, hay que tener presente, en Beccaria su interrogante humanista: quién es lo suficientemente infalible como para dictaminar una sentencia que quite la vida a una persona. Esta sentencia, sin dudarlo, aún es presente. Por esa misma razón, el profesor Jorge Enrique Zavala Baquerizo se alinea y nos alinea en el sector de los que creemos que la muerte deje de ser un instrumento de sanción penal y que los anti abolicionistas comprendan de una vez por todas, que al final llegará el momento en que la finalidad del estado sea garantizar a sus coasociados el derecho a vivir con dignidad, con decencia, con salud, y no con la maldad diabólica de matar, sencillamente matar.

Así, no puede ser más coincidente entre otros aspectos el pensamiento del profesor ecuatoriano en rechazar la pena muerte provenga esta de donde venga. Y, al final, exclama nuestro autor, advirtiendo metafóricamente que: ¡La única muerte que defendemos es la muerte definitiva de la penade muerte...!³²⁶.

³²⁶ Zavala, 1986, t. II, p. 485.

FUNDAMENTOS DE LA PENA

Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico; [...] Todas las penas que sobrepasan las necesidades de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza.

(Cesare Beccaria, 2002, pp. 32-33)

Justificación absoluta de la Pena

Para las teorías absolutas, la pena retribuye o expía la culpabilidad del autor³²⁷. En la literatura científica se suele calificar a las teorías absolutas como teorías retributivas, por entenderse que no buscan prevenir la comisión de delitos. La pena se desvincularía de su efecto social y se trataría de una simple retribución por un mal (delito) causado. Así entendidas (lat. absolutus desvinculado³²⁸), las teorías absolutas no serían teorías sobre los fines de la pena sino teorías penales³²⁹. Ello es de recibo siempre y cuando el término «fin» se entienda como utilidad social derivada de la

³²⁷ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (trads.). Madrid: Civitas, 2007, § 3 n.m. 2; Stratenwerth, Günter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat*. 4 Aulf.,. Berlín: Carl Heymanns, 2000. §; Lesch, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 4 y 5, nota 5; Jescheck, Hans Heinrich y Thomas weigend. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Miguel Olmedo Cardenete (trad.). Granada: Comares, 1995, § 8 III; wesseLs, Johannes y Werner beulke. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 32. Aufl., Heidelberg: Muller, 2002. 12a; otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Aufl. Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 2000, § 1 n.m. 72.

³²⁸ Roxin, Claus. ob. cit. P.G, § 3 n.m. 2.

³²⁹ Maurach, Reinhart y Heinz zipf. *Derecho penal. Parte general*, I. Séptima edición. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (trads.). Buenos Aires: Astrea, 1995, § 6 n.m. 3.

imposición de la pena, ya que incluso la pena concebida como retribución de la culpabilidad cumple la función de restablecer el orden jurídico y de realizar justicia³³⁰.

Las teorías absolutas no rechazan la posibilidad de que la pena esté en condiciones de alcanzar algún fin reparador, resocializador o de neutralización de delincuentes, pero ello no interesa en su legitimación³³¹. No extraña entonces que las ideas filosóficas que subyacen a estas teorías conciban al hombre como sujeto capaz de autodeterminarse a sí mismo, y al Estado como custodio y guardián de la justicia terrestre y de la moral, cuya tarea se limita a la protección de la libertad individual³³². Esto explica que las teorías absolutas de la pena hayan sido defendidas no solo con argumentos jurídicos, sino también desde postulados religiosos y éticos³³³. A lo largo de la evolución histórica de las teorías de la pena, las teorías absolutas han sido edificadas sobre la base de la expiación o de la retribución.

³³⁰ Hassemer, Winfried. *Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentar*, bearbeitet von Hassemer u.a. Neuwied, 1990, previo al § 1/411; Gracia, Luis, Miguel Ángel Baldova y M. Carmen Alastuey, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 56; wessels, Johannes y Werner beulke. ob. cit., 12ª; Lesch, Heiko H. ob. cit., p. 9.

³³¹ Maurach, Reinhart y Heinz zipf. ob. cit., § 6 n.m. 3; köhler, Michael. ob. cit., AT, p. 43.

³³² Jescheck, Hans Heinrich y Thomas Weigend. ob. cit., § 8 III. También köhler, Michael. ob. cit., AT, p. 43

³³³ Cf. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Octava edición. Barcelona: Reppertor, 2008, pp. 87 y ss.

Retribución

La retribución postula que la pena compensa por el delito cometido y es ajena a cualquier finalidad preventiva. En esta línea, Kant sostuvo que, si la pena persiguiera alguna finalidad, como tratar al infractor o servir de ejemplo a la sociedad, o ser un medio para fomentar un bien, sea para el delincuente o para la sociedad, el hombre dejaría de ser un fin en sí mismo y sería tratado como un medio, como un objeto del derecho de «cosas»³³⁴. El ejemplo de la isla propuesto por Kant es bastante ilustrativo: «aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo»³³⁵.

De ahí que la ley del Talión (*ius talionis*) sea para Kant la única capaz de establecer de manera justa la cualidad y cantidad de castigo que merece el sujeto infractor: la pena ha de ser proporcional a la ofensa causada³³⁶. Deben, en consecuencia, desterrarse las penas indeterminadas, superiores o inferiores a las que efectivamente merezca el sujeto.

La retribución en Kant tiene un importante trasfondo político-criminal, pues solo una pena retributiva dispuesta judicialmente, cuya magnitud sea de la misma medida que el daño ocasionado con el delito, ayudaría a controlar las manifestaciones

³³⁴Schmidhäuser , Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, §2 n.m. 7; Roxin, Claus. PG, § 3 n.m. 10; Stratenwerth, Günter.ob. cit., § 1 n.m. 10. Sobre esto véase noll. Peter. *Die ethische Begründung der Strafe*. Tubinga: J. C. B. Mohr, 1962, p. 8.

³³⁵ Así, Schmidhäuser , Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*, p. 46; köhler, Michael. *Der Begriff der Strafe*, Heildelberg: R. v. Decker, 1986, p. 67; Lesch, Heiko H. ob. cit., p. 8; Stratenwerth, Günter. ob. cit., AT, § 1 n.m. 10.

³³⁶ kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (trad. y notas). Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005, n.m. 331.

espontáneas de venganza de las víctimas o de las personas afectadas con el delito³³⁷.

Hegel, por su lado, haciendo uso de su lógica dialéctica³³⁸, postuló que en el ordenamiento jurídico se plasma la voluntad general de las personas, que no puede ser desconocida por la voluntad individual del infractor. Cuando este delinque, cuestiona la vigencia del ordenamiento jurídico y pone en duda la voluntad general de las personas. Este conflicto es resuelto con la imposición de la pena que, como reivindicación del orden jurídico, niega el delito: la pena niega la negación del orden jurídico. El fin de la pena sería el restablecimiento del orden jurídico.

La retribución aparece en Hegel como el único criterio capaz de considerar al delincuente como ser racional y libre: si se le pretendiese curar, intimidar o neutralizar, se le equipararía a un animal peligroso. Por el contrario, con la pena retributiva «se honra el delincuente»³³⁹. A diferencia de Kant, en Hegel la pena retribuye el daño causado al ordenamiento jurídico y no la lesión a la víctima, por lo que un delito podría acarrear una pena más grave o una más leve que lo que aconsejaría la ley del Talió³⁴⁰.

³³⁷ Stratenwerth, Günter. ob. cit., § 1 n.m. 11.

³³⁸ Confrontación entre dos opuestos tesis y antítesis que se resuelve en una forma superior — síntesis.

³³⁹ Stratenwerth, Günter. ob. cit., § 1 n.m. 11

³⁴⁰ Hegel, G. W. F. ob. cit, § 101 y 218 y anotación. Podría castigarse con pena de muerte el robo de una manzana si el restablecimiento del derecho lo amerita

Si bien en puridad de términos la pena en Kant y en Hegel no es absoluta, ya que persigue como fin la realización de la justicia y el restablecimiento del ordenamiento jurídico, respectivamente, parece que la retribución per se no está en condiciones de legitimar la pena en un Estado que pretende racionalizar la reacción penal. Piénsese, por ejemplo, en la pena que la retribución sugeriría para el homicida. Y además, en que si el juicio de proporcionalidad se establece entre la culpabilidad del delincuente y la pena (Kant), esta debería responder solo al merecimiento de pena y desatendería la necesidad social de pena que constituye la razón de ser de la norma de sanción. Si la pena tomara en cuenta solo la necesidad social de restablecer el ordenamiento jurídico (Hegel), el merecimiento de pena por el hecho cometido, que no es otra cosa que el significado jurídico del comportamiento que infringe la norma de conducta, dejaría de ser presupuesto de la norma de sanción.

Justificación de la pena en atención a sus fines

Las teorías que asignan un fin a la pena se conocen como teorías relativas de la pena. Por regla general, el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan.

Prevención especial

Se atribuye a Franz von Liszt ser el impulsor de la prevención especial con ocasión de su Programa de la Universidad de Marburgo (1882)³⁴¹. Este autor sostuvo que la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes. Liszt distinguió tres manifestaciones distintas de prevención especial en función del tipo de delincuente al cual se dirige la pena. En primer lugar, para los

³⁴¹ Publicado en su *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo III, 1883, pp. 1-47, bajo el título *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Aquí se utiliza la traducción de Pérez del Valle, *La idea del fin en el derecho penal*. Granada: Comares, 1995.

delincuentes incorregibles propuso la incoización o una pena de prisión por tiempo indeterminado³⁴², bajo el entendido de que la sociedad tiene derecho a defenderse de aquellos que, como los delincuentes por convicción, no desisten en su intento por delinquir³⁴³; en segundo lugar, para los delincuentes habituales postuló la corrección³⁴⁴, y en tercer lugar, la intimidación para los delincuentes ocasionales³⁴⁵. Liszt no negó que la ejecución de la pena implicase algún grado de retribución, pero ello sería solo el medio para alcanzar la prevención: la pena es prevención mediante represión³⁴⁶.

A partir de la idea de orientar las sanciones hacia la mejora y resocialización de los condenados, se fundó en 1924 la Association Internationale du Droit Pénale (AIDP) y en 1947 la Sociedad Internacional para la Defensa Social³⁴⁷. Las ideas preventivo-especiales también inspiraron decididamente a los autores del Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966³⁴⁸. El régimen carcelario, al tener por objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sí persigue un fin preventivo-especial.

El arraigo que logró la idea de resocialización, junto al dato criminológico de que las cárceles no contribuyen a la reeducación, permitió que la doctrina postulara alternativas penales menos aflictivas que la privación de libertad y que eviten los

³⁴² V. Liszt, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares, p. 83 y ss.

³⁴³ *Ibid.*, p. 86.

³⁴⁴ *Ibid.*, pp. 88 y ss.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 90.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 93.

³⁴⁷ Cf. el «Mindestprogramm der Internationalen Gesellschaft für soziale Verteidigung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1954, pp. 646 y ss. También Gramatica, Filippo. *Principi de diritto penale soggettivo*. Torino: F.Lli Bocca, 1934, pp. 104 y ss.; AnceL, Marc. *Social defense*. Londres: Routledge & K. Paul, 1965, pp. 1-5 y 199 y ss.

³⁴⁸ Roxin, Claus. *ob. cit.*, PG, I, § 3 n.m. 86.

efectos nocivos del encierro. En este contexto adquirieron especial importancia los mecanismos para sustituir la pena de prisión³⁴⁹. La posibilidad de convertir la pena privativa de libertad, la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, así como la gran mayoría de beneficios penitenciarios, dan cuenta de ello.

La prevención especial y su postulado de corregir mediante la pena seducen a primera vista. Sin embargo, un análisis más detallado aconseja prudencia frente a la resocialización como idea legitimadora de la pena. Así por ejemplo, no se entiende cómo el infractor podrá resocializarse si se le confina a un centro penitenciario en donde el contacto social es restringido cuando no nulo y donde imperan códigos de conducta (o de supervivencia) que distan mucho del modelo que la resocialización pregona como válido para la convivencia pacífica y que rigen fuera de prisión. Si bien es verdad que el trabajo y la educación permiten redimir parte de la pena y que esto podría ser visto como una preparación para la vida en sociedad, también lo es que las carencias materiales de los Estados impiden que en la mayoría de casos el trabajo o estudio al interior del centro penitenciario cumpla dicho objetivo.

La resocialización no deja de ser una hipótesis cuyo fracaso se comprueba con la reincidencia y cuyo eventual éxito no puede imputarse con seguridad a la pena sino a la eficacia del sistema de persecución penal. Así lo demuestra la frecuente comisión de delitos a pesar de que se castigan con penas severas, como el asesinato, el robo agravado o el secuestro, y que la determinación de cuánta resocialización necesitaría el sujeto —de lo que depende tanto la duración de la pena como el tipo de pena que se impondrá— se sustente solo en conjeturas o posibilidades de reincidencia futura³⁵⁰

28 Mapelli, Borja y Terradillos, Juan María. Las consecuencias jurídicas del delito. Segunda edición. Madrid: Praxis, 1999, pp. 19 y ss.

³⁵⁰ Esta crítica frente a la prevención especial sirve aquí para seguir descartando que la prevención especial pueda legitimar la pena, pero cobra aún más importancia en el ámbito de las medidas de seguridad, las cuales, y según la legislación vigente, se fundamentan en la necesidad de neutralizar la

Pero lo más importante es acaso que la tesis de la resocialización no ofrece respuesta a los casos de delincuencia por convicción, y que según su lógica interna admite las penas indeterminadas por encima o por debajo de la culpabilidad del infractor, pues si la finalidad de las penas es el tratamiento del sujeto, estas deberían durar tanto como sea necesario para garantizar que el déficit de socialización sea saldado. Sin embargo, no es posible legitimar las penas indeterminadas, no solo por el riesgo que representa para la seguridad jurídica, sino también porque una pena cuya duración se determine con arreglo a criterios ajenos al comportamiento antijurídico olvida que la sanción penal es, ante todo, una reacción jurídico-penal frente a la infracción de la norma de conducta, y como tal, su determinación y legitimación debe orientarse a mitigar los efectos jurídico-penales del delito. Esto último no puede ser ofrecido por la resocialización, pues centra su atención en el déficit de socialización: la pena no se vincularía con el delito como hecho antijurídico, sino con el sujeto como persona necesitada de tratamiento.

Asimismo, la tesis de la resocialización debería prescindir de la pena por ausencia de necesidad de tratamiento en los casos en que el sujeto se arrepiente y da muestras claras de que no volverá a delinquir, aunque, de nuevo, difícilmente alguien será partidario de admitir que el arrepentimiento opere como regla general de exención de pena, sobre todo en los delitos graves (terrorismo, criminalidad organizada, etc.). No es extraño, entonces, que en su versión original la prevención especial no se restringiese a la resocialización del infractor, sino que pregonase el encierro permanente para los incorregibles y la simple reprimenda para los delincuentes ocasionales.

peligrosidad post-delictual del inimputable. Cómo llega el juez a saber si el sujeto es peligroso o no, y en su caso, cómo llega a saber cuán peligroso es como para ameritar una medida de seguridad, es algo que se analiza con ocasión del estudio de las medidas de seguridad

Todo esto conduce a que la resocialización deba ser valorada tan solo como postulado político criminal que inspira la ejecución de la pena privativa de libertad, pero no como fin de la sanción penal. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, no puede soslayarse el mérito de la prevención especial al poner en alerta la responsabilidad que asume el Estado frente a la población carcelaria, así como su importancia en la previsión de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad efectiva.

Prevención general negativa

A principios del siglo XIX, Feuerbach, impulsor de la prevención general negativa, postuló que el padecimiento de la pena, al tener lugar con posterioridad a la perpetración del delito, es insuficiente para prevenir delitos. De ahí que pusiera énfasis en la necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito³⁵¹, lo que se conseguiría cuando «cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho»³⁵².

La seriedad de la coacción psicológica, a riesgo de quedar ayuna de contenido, estaría supeditada a que se confirme con su aplicación. Algunos autores invocan el psicoanálisis freudiano para justificar que la sociedad acuda a la amenaza de una pena para conseguir que se respeten las normas elementales de convivencia³⁵³. Se echa así mano de un razonamiento aceptado ya en otras disciplinas científicas, conforme al

³⁵¹ Feuerbach, P.J.A.R. *Tratado de derecho penal*. Décimo séptima edición. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer (trads.). Buenos Aires: Hamurabi, 1989, § 11 s

³⁵² *Ibíd.*, § 13

³⁵³ Gimbernat, Enrique. «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?». En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 57 y ss. También HasseMer Winfried. *Strafrecht im Rechtsstaat*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2000, p. 206; Luzón Peña, Diego Manuel. «Prevención general, sociedad y psicoanálisis». *Cuadernos de Política Criminal*, 16 (1982), pp. 93 y ss.; Muñoz Conde, Francisco. «Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)». En *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 29 y ss.

cual la persona suele relacionar los estímulos que recibe con la valoración de los actos que realiza: el premio es la consecuencia de las acciones valoradas positivamente y el castigo lo es de las indeseadas. Otros autores, como Bentham, entendieron que la intimidación se verifica durante la ejecución de la pena y no antes de su imposición, por lo que resulta primordial la forma como se ejecuta la pena.

La prevención general negativa, entendida como coacción psicológica, tiene el mérito de ilustrar con suficiente claridad lo que realmente ocurre con la pena. Por más que se logre construir un discurso resocializador, la realidad enseña que la pena es utilizada como una amenaza. Además y aunque en un principio parezca lo contrario, al disciplinar los comportamientos según la norma penal y no educar o convencer de las eventuales virtudes de la pena, la prevención general negativa respeta la libertad de pensamiento propia del Estado de derecho.

No obstante, más que una teoría de la pena, la prevención general negativa es una teoría de la norma penal. En efecto, al postular que la coacción psicológica se verifica antes de la imposición de la pena, no ofrece un argumento convincente que legitime la imposición de la pena, más aún si esta se aplica cuando la prevención no ha podido neutralizar los deseos criminales.

Por lo demás, se advierten otras razones que revelan la poca idoneidad de la prevención general negativa: autorizaría recurrir a penas desproporcionadas frente a la culpabilidad cuando así lo exigieran necesidades preventivas (intimidar a la colectividad); resulta endeble frente a los delincuentes por convicción, en quienes la pena no genera temor alguno; al presuponer que las personas a quienes la pena coacciona son sujetos que actúan razonablemente, olvida que en muchos casos el delito se comete sin que exista una decisión que sopesa los costos y beneficios, y cuando no es así, se suelen tomar en cuenta aspectos adicionales a la pena, como la

posibilidad de ser descubierto y la posibilidad de sustraerse del sistema de persecución penal (prescripción, clandestinidad, corrupción de autoridades, etc.).

Prevención general Positiva

La prevención general positiva postula la prevención de delitos mediante la afirmación del derecho. A partir de este postulado se diferencian dos grandes corrientes de la prevención general positiva. En primer lugar, la prevención integradora, para la cual la pena reafirma la conciencia social de validez de la norma vulnerada con el delito. Con ello se generaría confianza en la sociedad sobre el funcionamiento del derecho³⁵⁴, ya que, después de todo, se ha impuesto una pena por el delito perpetrado y eso significa que el Estado ha reaccionado frente al delito. La pena, aquí, integra a la sociedad, en el sentido que propicia la confianza de la colectividad y facilita el respeto hacia el derecho.

En segundo lugar, la prevención estabilizadora, que proclama que la pena restablece la vigencia de la norma penal que ha sido cuestionada con el delito³⁵⁵. Al hundir sus raíces en el pensamiento de Hegel, la prevención estabilizadora prescinde de cualquier finalidad preventiva. No otra cosa se concluye si a la pena se le asigna como única función estabilizar (restablecer) el derecho que el delincuente desconoce con su infracción, y que el significado de la pena es explicitar que el comportamiento contrario a la norma no marca la pauta a seguir sino que ella es fijada por la norma penal³⁵⁶.

³⁵⁴ kaufmann, Armin. Política criminal y reforma penal. Bogotá: Temis, p. 127; Mir Puig, Santiago. ob. cit., L. 3/19 y ss. Antes Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán: Parte General. Décimo segunda edición. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 12, refiriéndose al valor de actuar conforme a derecho arraigado en la permanente conciencia jurídica.

³⁵⁵ Por todos, Jakob, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Gonzalez de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons, 1997, 1/1 s. y 1/4 y ss.; Sobre el concepto de la pena, p. 75.

³⁵⁶ Lesch, Heiko H. ob. cit., p. 48; Feijóo Sánchez, Bernardo José. El injusto penal y su prevención en el nuevo Código Penal de 1995. Madrid: Colex, 1997, p. 59 y ss

Al reivindicar el derecho vulnerado por el delito, la prevención general positiva asume que la legitimación de la pena se desprende de la relación entre esta y la norma de conducta. Ello le permite mantener la coherencia frente al funcionamiento del sistema penal: la norma de conducta vulnerada, que se legitima como expresión de la libertad jurídicamente garantizada, sigue siendo necesaria y tiene plena vigencia como pauta de conducta en la sociedad, a tal punto que se impone una pena por su desconocimiento.

Sin embargo, la prevención general positiva ha sido resistida por un nutrido sector de la doctrina que la tacha de incapaz de ofrecer alternativas a la forma como opera el sistema penal y de postular mejoras a su funcionamiento. Esta crítica, que se enuncia sobre todo contra la prevención estabilizadora, desnuda que la prevención estabilizadora describe qué es lo que pasa cuando se impone una pena, y como descripción de un proceso no valora los fines políticos del sistema jurídico en cuya defensa se impone la pena. Si el derecho restablecido se ajusta al modelo democrático, teocrático, autoritario, o tiene déficits de participación ciudadana, es algo que la pena, como instrumento al servicio del sistema jurídico, no está en capacidad de cuestionar.

En contra de la prevención integradora se sostiene, además, que la confianza en el derecho que ha de generar la pena depende de la manera en que esta se aplica, así como de su quantum. Si de propiciar confianza en el derecho se trata, habría que atender, antes que a la pena, a la eficacia de las instituciones que forman parte del sistema penal, como la Policía, el Poder Judicial y el Ministerio Público, pues de sus actuaciones depende en última instancia que la población confíe o no en el derecho.

Teoría de la diferenciación

La teoría de la diferenciación de Schmidhäuser separa lo que él denomina «teoría de la pena en general» de «los momentos que se viven en el desarrollo de la pena». En el marco de «la teoría de la pena en general», diferencia el sentido (Zweck) de la pena, que es combatir la criminalidad, del fin (Ziel) de la pena, que sería mantener la criminalidad dentro de límites que permitan la convivencia social³⁵⁷. En este escenario adquiere especial importancia la prevención general: la condena sirve de amenaza a la colectividad de lo que ocurre en dicho ordenamiento jurídico ante un hecho semejante (prevención general negativa), y muestra al mismo tiempo la validez de la norma³⁵⁸ (prevención general positiva). Se descarta aquí la prevención especial (resocialización), porque llevaría a prescindir de la pena cuando no existiesen probabilidades de reincidencia y extendería el tratamiento penitenciario hasta alcanzar la mejora del interno³⁵⁹.

Con respecto a los momentos en que se desarrolla la pena, Schmidhäuser señala que al legislador la pena le permite resaltar el valor de la sociedad y la idea de justicia³⁶⁰; (ii) a los órganos de persecución penal (por ejemplo, Policía y Ministerio Público) les compete esclarecer los delitos y llevar al infractor ante el juez³⁶¹; (iii) al juez le atribuye la obligación de juzgar con arreglo al principio de legalidad y sancionar comparando las penas previstas para otros delitos y para los delitos que el infractor haya podido cometer³⁶²; (iv) a los funcionarios de ejecución penal les reconoce el deber de ayudar

³⁵⁷ Schmidhäuser, Eberhard. ob. cit. 3/15, haciendo especial énfasis en que se trata de la única finalidad realizable

³⁵⁸ *Ibíd.* 3/16

³⁵⁹ *Ibíd.* 3/17.

³⁶⁰ *Ibíd.* 3/21.

³⁶¹ *Ibíd.* 3/22.

³⁶² *Ibíd.* 3/23.

al interno a que aproveche el tiempo en prisión³⁶³;(v) el condenado ha de procurar librarse de su culpabilidad lo que se asemeja a la expiación³⁶⁴, y (vi) la sociedad ha de dar por purgada la pena y aceptar el regreso del sujeto (conciliación)³⁶⁵.

Teorías de la unión

Las teorías de la unión justifican la pena combinando y superponiendo los fines que postulan las distintas teorías de la pena existentes, logrando así equipararlas en importancia y rescatar las bondades que cada una de ellas pueda tener. Sin embargo, por lo mismo, arrastran las críticas que se les formulan³⁶⁶, en particular, la duda de que la expiación, retribución, resocialización, compensación de la culpabilidad y la prevención general puedan coexistir simultáneamente.

Dentro de las diversas manifestaciones de la teoría de la unión, la doctrina se refiere a la «Teoría preventiva de la unión» (präventive Vereinigungstheorie)³⁶⁷, cuyo principal exponente, Roxin, la concibió a partir de su teoría dialéctica de la unión que se remonta a 1966³⁶⁸. El punto de partida de la teoría preventiva de la unión es reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución de la culpabilidad tenga

³⁶³ *Ibíd.* 3/24.

³⁶⁴ *Ibíd.* 3/25.

³⁶⁵ *Ibíd.* 3/26.

³⁶⁶ Se muestran críticos Hassemer, Winfried. *ob. cit.* previo al § 1/427 y ss.; Baumann, Jürgen, Ulrich weber y Wolfgang Mitsch. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10 Aufl.. Bielefeld: Giese King, 1995, § 3 II 2 a ß; stratenwerth, Günter. *ob. cit.*, AT, § 28, Roxin, Claus. *ob. cit.* § 3/33 y ss.; callies, Rolf-Peter. «Theorie der Strafe», *Neue Juristische Wochenschrift*, (1989), p. 1339; Lesch, Heiko H. *ob. cit.*, p. 42; jakobs, Günther. *Sobre el concepto de la pena*. Manuel Cancio Meliá (trad.). Bogotá: Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, pp. 62 y ss.

³⁶⁷ En lo que sigue, Roxin, Claus. AT4 , § 3/37 y ss.

³⁶⁸ Roxin, Claus. «Sentido y fines de la pena estatal». Diego Manuel Luzón Peña (trad.). *En Problemas fundamentales de derecho penal*. Madrid: Reus, 1988, pp. 11 y ss.

cabida en la legitimación de la pena al no poder explicarse metafísicamente una intervención estatal como la pena.

Según esta concepción, la pena cumple funciones de prevención especial y de prevención general, y queda limitada por la culpabilidad del sujeto, lo que la haría proporcional frente a su responsabilidad. No obstante, es posible reducir la sanción a imponer si existen razones preventivo- especiales que lo ameriten (por ejemplo, cuando, a pesar de la gravedad del delito cometido, sea innecesario un tratamiento penitenciario prolongado al mostrar el sujeto cierto grado de socialización), siempre y cuando las exigencias preventivo-generales no se opongan a ello, es decir, siempre y cuando la atenuación de la pena no afecte a la confianza en el derecho.

Si bien la teoría preventiva de la unión tiene el mérito de rescatar solo los aspectos favorables de la prevención especial y de la prevención general, no parece del todo seguro que siempre sea posible equilibrar las necesidades de prevención especial y general. Sucede así, sobre todo, en los casos de delitos de bagatela de frecuente comisión.

Toma de postura

La legitimación de la pena ha de discurrir sobre dos ideas rectoras. En primer lugar, no recargar a la pena asignándole funciones que otras instituciones del derecho penal han de cumplir. Esto presupone ubicar a la pena dentro del sistema penal teniendo en cuenta el momento en que actúa, y relacionarla con el fin del derecho penal, el fin de la norma penal y la finalidad de la ejecución penal. En segundo lugar, los parámetros de legitimación que se empleen deben ser reales, posibles y actuales. No otra cosa se exige en un Estado de derecho cuando se restringe la libertad de una persona. Este planteamiento descarta de plano la validez de las teorías absolutas, en tanto niegan cualquier utilidad a la pena y la justifican en sí misma o en postulados morales.

También se descartan aquellas otras teorías que ubican la finalidad de la pena en momentos distintos de su imposición. Es lo que ocurre con la prevención general negativa, que incide en la amenaza de pena a quien todavía no delinque y se enfoca en un estadio anterior a la pena, lo que debería llevarla, en coherencia con sus postulados, a que la pena se determine en función de la neutralización de los estímulos del infractor y no con arreglo al daño social del delito³⁶⁹. O con la prevención especial, que de la mano de la resocialización busca racionalizar lo que ocurre después de la imposición de la pena durante el tratamiento penitenciario.

Del hecho de que la pena se imponga a consecuencia de la comisión de un delito se deduce que no tiene capacidad para prevenirlo ni para proteger bienes jurídicos. Su presencia, siempre tardía a este respecto, no deja otra alternativa que aceptar que en cuanto a la relación entre la pena, y la prevención de delitos y protección de bienes jurídicos, en el mejor de los casos, la primera refuerza la función de motivación y con ello apuntala la protección de bienes jurídicos.

A partir de la idea anotada en el párrafo anterior se puede esbozar el fin de la pena: la norma de conducta expresa la distribución de la libertad de actuación en sociedad³⁷⁰, y el delito, como infracción de la norma, cuestiona dicha distribución de libertades, mereciendo la imposición de una pena que expresa que la norma vulnerada sigue rigiendo como modelo de conducta. Dicho en otras palabras, la función de la pena consiste en reivindicar la distribución de libertades que expresa la norma penal. Como la pena se vincula íntimamente con la norma de conducta y el derecho penal, es menester asignarle un sentido y un valor jurídico y superar la eventual crítica que podría merecer por ser, como la prevención general, una simple descripción: si las

³⁶⁹ Jakobs, Günther. ob. cit. PG, 1/29 s.; Lesch, Heiko H. ob. cit., p. 27. Resaltan el declive de la culpabilidad, Stratenwerth, Günter. ob. cit. AT, § 1/25; Feijóo Sánchez, Bernardo José. ob. cit., p. 34

³⁷⁰ Al prohibir comportamientos de riesgo penalmente relevantes para bienes jurídicos, la norma penal indica a qué está autorizado y a qué no está autorizado el ciudadano en su actuación en sociedad

funciones de la norma penal y del derecho penal están condicionadas por el modelo de Estado constitucional de derecho en el cual se insertan, el sentido que expresa la pena solo puede ser reivindicar una distribución justa de libertades.

Solo si se tiene en cuenta el sentido de justicia que ha de expresar la pena, puede su imposición contribuir legítimamente al reforzamiento cognitivo de la confianza de la sociedad en la norma de conducta. Confianza que nada tiene que ver con que el ciudadano comparta las razones que llevan a prohibir un comportamiento, ni con que entienda que es necesario prohibir ciertos comportamientos por representar un riesgo intolerable para los bienes jurídicos, ni con que la imposición de la pena satisfaga una legítima expectativa de orden, desarrollo individual y funcionamiento de la sociedad, sino tan solo confianza en que, independientemente de las razones que tengan unos y otros, no se vulnerará la norma de conducta.

El discurso legitimador de la pena aquí expuesto, tributario de la legitimidad de la norma penal, ofrece un margen de crítica frente a la forma en que el Estado ejercita la actividad punitiva. La pena siempre sancionará, pero solo se legitimará como reivindicación de una distribución justa de libertades si el juicio de merecimiento de pena que recae sobre el comportamiento prohibido y que descansa detrás de toda norma de conducta responde a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que rigen la protección penal de los bienes jurídicos. Esto no ocurrirá cuando el comportamiento que se prohíbe no supera el mínimo de lesividad que legitima la intervención del derecho penal, aun cuando el legislador se haya empeñado en lo contrario (según la concepción que aquí se sigue, la previsión en la ley de un delito no asegura que se trate de un comportamiento necesitado de penal). Por ejemplo, cuando se impone una pena por el delito de eutanasia o de ayuda al suicidio, pues en ambos casos se sanciona por realizar la voluntad del titular del bien jurídico, desconociéndose que un Estado de derecho no tiene un rol paternalista frente al ciudadano y que, por el contrario, debe respetar su autonomía.

La legitimidad de la pena no se agota en la legitimidad de la norma de conducta: abarca también su determinación. Quien quiera mantenerse bajo el abrigo del principio de proporcionalidad, deberá admitir que la pena debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución. En este sentido, debe afirmarse sin tapujos que la pena es retributiva si el presupuesto de la norma de sanción es la infracción de la norma de conducta, y todos los aspectos que se tienen en cuenta para su determinación encuentran ahí su origen. La pena, irremediamente, es una reacción coercitiva y desvalorada que se impone al responsable de dicho acto. Este, el delincuente sigue estando obligado como ciudadano a contribuir en el proyecto común de convivencia pacífica a costa de padecer la imposición de la pena³⁷¹

Fundamento religioso: El principio de “devolver mal por mal” gira en torno a varias ideas elementales de corte religioso: el “pecado”, la “venganza”, la “expiación”, el “juicio final” y la del “reequilibrio” entre pena y delito. Se parte de un paralelismo entre la exigencia religiosa de justicia divina y la función de la pena. Estas ideas han ejercido siempre “una fascinación irresistible sobre el pensamiento político reaccionario y nunca se han abandonado del todo en la cultura penalista”³⁷²

Sandoval Huertas nos explica cómo la pena no siempre ha sido considerada como un mal. Cuando se refiere al modelo teórico tanto de la expiación como de la retribución, manifiesta que en ambos se empieza a decir que el reo es beneficiario del castigo:

³⁷¹ Con especial énfasis en la retribución de la pena en la dogmática actual, Pawlik, Michael. «La pena retributiva y el concepto de delito». En *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Pons, 2010, pp. 75 y ss., en especial p. 102 y ss

³⁷² Ferrajoli: 2001. P. 254.

La tesis expiacionista y por consiguiente la retribucionista suponen, en cambio, que el sentenciado como autor de un hecho punible recibe un beneficio a través de la ejecución de la pena y que, por ende, el mismo posee interés en que la sanción se haga efectiva. Tal suposición proviene, a su vez de otra: de que solo tras su reconciliación con la divinidad (expiación) o con la colectividad (retribución) podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual; de allí que a éste le afane expiar o retribuir el daño ocasionado con su conducta³⁷³

Fundamento ético (la retribución ética): La filosofía de los valores. El mundo del derecho (perteneciente a las ciencias del espíritu o culturales) no es el mundo de la naturaleza o la causalidad, el derecho necesita y utiliza módulos propios de valoración³⁷⁴. Según Kant, el hombre es un fin en sí mismo, por lo que la pena sólo se aplicaría como una exigencia de la justicia: la ley penal es un imperativo categórico, una “exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras”³⁷⁵

Para Kant la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ese es su único fundamento y es por ello que señala que si el Estado se disuelve¹² tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre éste³⁷⁶. Como puede evidenciarse el carácter utilitario de la pena carece de relevancia, lo importante en ella es la imposición de una justicia de validez universal, que tiene una fuerte carga moralista. De allí la idea de la imposición de un mal como algo justo.¹³

³⁷³ Huertas en Muñoz Gómez, 1992 p.33

³⁷⁴ Agudelo, 1995 y Mir Puig, 1998

³⁷⁵ Mir Puig, 1998:46-47

³⁷⁶ Bustos, 1982:153

Fundamento jurídico (la retribución jurídica): Hegel justifica la necesidad de restablecer la vigencia de la “voluntad general” representada por el orden jurídico, que resulta negada por la “voluntad especial” del delincuente. Si la “voluntad general” es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general (tesis, antítesis y síntesis) ³⁷⁷

Entonces, para Hegel la pena es la negación del derecho, cumple sólo un papel restaurador o retributivo y por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena, ningún otro factor influye sobre ella³⁷⁸. Para Jakobs, el desarrollo del lado social del delito se halla en el centro de la teoría de la pena de Hegel, según la cual “el delito precisamente no se dirige contra “otro en el pueblo”, sino contra la estructura social, contra el Derecho mismo, más aún, contra el principio de la juridicidad, el “Derecho en cuanto Derecho”³⁷⁹ .

³⁷⁷ Mir Puig, 1998:47 y Jakobs, 2005:39-40

³⁷⁸ Bustos, 1982:152-153

³⁷⁹ Ibid, 154

PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA PENA

La pena es obra “civilizada” del hombre cuyo antecedente inmediato fue el castigo. Por tal razón es que la pena es un castigo y muchas veces se la usa para castigar. (Zavala Baquerizo, Jorge, 1986a, p. 5)

El dolor y el castigo

En este aparte partimos de las premisas de Nils Christie (1984) respecto al castigo:

1. La imposición de un castigo significa causar dolor. Ninguno de los intentos para hacer frente a la imposición intencional del dolor parecen satisfactorios.
2. Hay que restringir el uso del dolor provocado intencionalmente por el hombre como medio de control social.
3. El castigo es un mal que tiene la intención de ser un mal.³⁸⁰ Pero la mayoría de las obras no dicen nada al respecto, no definen las penas ni los castigos. Tratan de definir y clasificar todo, menos a la pena. A ella se le justifica, mas no se le explica.

Sostenemos, además, la idea de Zaffaroni (1998)³⁸¹ en la que afirma que esta repartición de dolor, es aplicada sólo a los más vulnerables de la sociedad. Esta es la más visible consecuencia de la violencia selectiva del sistema (este punto lo desarrollaremos más adelante). Para mantener este orden se construyen una serie de instituciones que lo legitiman y protegen:

³⁸⁰ Francisco Muñoz Conde sostiene también la idea de la pena como un mal 2001 p.69

³⁸¹ Según Zaffaroni (2004:28) éstos son los verdaderos pioneros de la criminología. El delito tiene su antecesor en el pecado, al igual que sus reacciones respectivas, pena y penitencia. Más allá de que luego históricamente las hayan separado, sus vínculos no pueden desestimarse (Muñoz Gómez, 1992 p. 22

La sociedad se militariza y el delito pasa a ser un daño al soberano. Así van surgiendo o generalizándose las que Foucault llama “instituciones de secuestro”(la prisión, el manicomio, el asilo, el hospital, la escuela, etc.) y la policía.

Las “instituciones de secuestro” generan una epistemología: la criminología, la psiquiatría, la clínica, la pedagogía (podríamos agregar la gerontología, los “especialistas” en “tóxicodependencia”) y, lo que es muy importante, cada institución genera su propio saber al amparo de su micro-poder” (ídem, 66)

El disfraz de las palabras

La epistemología de las instituciones de secuestro encubre, disimula, disfraza el nombre de las cosas, oculta el reparto del dolor. Sobre este particular, Christie nos dice que:

...por medio del lenguaje y la ceremonia, la aflicción ha desaparecido de la vida pública. Y también los dolores del castigo (...) Nuestra elección de palabras neutralizantes nos engaña; la fría forma en que describen los profesores de derecho las cualidades del sufrimiento deliberado indica lo mismo. No nos agrada hacerlo porque causar dolor intencionalmente discrepa gravemente de otras actividades básicas de nuestra sociedad (1984:18-24)

El autor concluye este planteamiento explicando cómo “por medio de la elección de palabras, de las rutinas de trabajo, de la división del trabajo y la repetición, todo el asunto se ha convertido en el reparto de un producto” (ídem, 25). Esto no es algo nuevo, ha existido desde hace más de 500 años. Zaffaroni 2004, p 28 y 37), en un interesante trabajo, donde analiza la primera obra crítica de la inquisición la *Cautio Criminalis*- menciona que ya desde el siglo XIII existía la elaboración de estos discursos legitimantes y encubridores. Algunos ejemplos, ofrecidos por el maestro:

En este sentido es evidente como estas instituciones, a través de la construcción de discursos legitimantes, generan su saber y su poder. Es lo que Foucault llamaría la “microfísica del poder-saber” (Zaffaroni, 1998, p. 67). Tenemos así, que el carácter histórico de estos discursos es importante, porque constituyen un supuesto

indispensable para considerar a la pena como un producto de procesos de definición (en términos del interaccionismo) (Muñoz Gómez, 1992, p. 50).

La inexistencia del delito (como concepto ontológico)

Ya varios autores han dicho que el delito no existe. En este sentido, Christie sostiene que: “la gente tiene problemas y crea problemas. Y debemos hacer algo con esos problemas. El peligro es apresurarse a definir problemas como delitos. Al hacer esto perdemos de vista alternativas interesantes. El delito no existe. Sólo existen actos. Estos actos a menudo reciben diferentes significados dentro de los diversos contextos sociales” (2005 p. 555).

En esta misma línea argumentativa, Zaffaroni también lo afirma: “ónticamente sólo existen conflictos arbitrariamente seleccionados y jurídicamente sólo existe un conjunto muy heterogéneo de hipótesis conflictivas que, con buena voluntad pueden llamarse “delitos” (1998:253).³⁸² Por otra parte, este autor también nos dice que el delito no es más que una construcción procesal (2004:33).³⁸³

Sobre estas construcciones, Hulsman hace énfasis en los procesos de criminalización, y dice “que no habría “delito” si esos procesos no hubieran sido puestos en funcionamiento.” Sugiere deshacerse de la idea de que existe una “categoría natural de hechos llamados delitos”, que no es más que la herencia de la idea del pecado como categoría natural (Font:135).

³⁸² Respecto al concepto jurídico del delito (acción típica, antijurídica y culpable), dice que éste no es tal, “sino que es la síntesis de los requisitos que debe presentar cualquier acción conflictiva de un autor seleccionado por el poder del sistema penal, para que la agencia judicial responda afirmativamente en cuanto al avance del proceso de criminalización en curso”

³⁸³ El delito no existe hasta que el acto haya pasado a través de algunos procesos de creación de significado altamente especializados, y en los casos típicos terminan como hechos certificados por los jueces como un tipo particular de actos llamados delitos” (Christie, 2005, p. 557)

Christie, por su parte, afirma:

El delito no es una cosa. Es un concepto aplicable en ciertas situaciones sociales donde es posible cometerlo y cuando a una o varias partes les interesa que se aplique. Podemos crear el delito creando sistemas que requieran esa palabra. Podemos extinguirlo creando los tipos opuestos de sistemas. (1984:101)

Estudiando estos discursos es fácil preguntarse ¿Si la pena es una consecuencia del delito, qué sucede si el delito no existe? Al respecto, Muñoz Gómez siguiendo los planteos de Baratta establece que no podemos seguir sosteniendo que la pena es consecuencia del delito. En primer lugar porque los conceptos de pena y delito tienen una historia diferente, y sólo coinciden en parte cuando la pena pretende ser legitimada a través de la legalidad.

En segundo lugar, porque no siempre a la comisión de un delito le sigue como consecuencia una pena. El estudio de la realidad nos presenta otras consecuencias del delito, como la existencia de impunidad, cifra negra y “penas extralegales” (ejecuciones extrajudiciales, linchamientos, entre otras) (1992:46-47).

Negación del carácter ontológico de la pena

Muñoz Gómez niega el carácter ontológico de la pena ya que ésta no es más que el producto de procesos históricos de definición. Entre sus argumentos encontramos:

- a. El hecho de causar daño o infligir dolor a una persona adquiere distintos significados de acuerdo con el contexto en que se ejecute. Su significado dependerá de las definiciones que se impongan en el contexto determinado.
- b. La separación histórica dada entre delito y pecado, y de sus dos reacciones, pena y penitencia, llevan a negarle el carácter ontológico tanto a la pena como a la penitencia, y obviamente al pecado y al delito.
- c. Una mirada histórica a los sistemas punitivos permite observar que las penas cambian en el tiempo y el espacio. Hay, por un lado, formas punitivas que han desaparecido casi por completo: mutilaciones, destierros, galeras, pena de muerte; Y por otro lado, formas punitivas de

reciente aparición, pero que han conquistado prácticamente la totalidad del ámbito del castigo: penas privativas de libertad.

- d. El papel desempeñado por los antecedentes inmediatos de la prisión – casas de corrección- en el disciplinamiento o devenir histórico de una clase social, que decampesina pasa a convertirse en verdadera clase obrera, también demuestra que antes de ser considerada en forma exclusiva como pena, más bien, era uno de los mecanismos de acumulación del capital (ídem,21-23)³⁸⁴

La selección de los más vulnerables

En el sistema penal existe un proceso de selección, estigmatización y condicionamiento criminalizante. En este proceso los estereotipos proporcionados por los medios de comunicación son esenciales. Este estereotipo se nutre de caracteres generales de los sectores mayoritarios más desposeídos, y la clientela para este bombardeo son los sujetos más vulnerables, más inmaduros, los menos inteligentes o los menos hábiles de este sector (es decir, los más vulnerables de los vulnerables). Éstos son los destinatarios de las penas (Zaffaroni, 1998).

Este proceso selectivo existe desde que existen las penas. Zaffaroni describiendo la obra de Spee (autor de la *Cautio Criminalis*) comenta:

“Dice [Spee] que si éste procedimiento [la inquisición] se proyectara al futuro de forma indefinida, toda Alemania sería quemada y como ello no puede ser, se seleccionan las mujeres más estúpidas que encuentran para quemarlas y el único límite que se opone a este poder es la riqueza y el poder de los príncipes y magistrados, con lo cual se adelanta a Sutherland en unos trescientos años” (2004:37-38)

³⁸⁴ Sobre el tema de la prisión ver también a Guaimarães, C. “Revisão crítica da pena privativa de liberdade: Uma aproximação democrática” XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Primero Nacional de Derecho Penal y Criminología: 247-267. Universidad de Guayaquil, ARA Editores, Ecuador, 2005.

Intento de un concepto de Pena

Siguiendo las ideas de Jesús Muñoz Gómez, en este trabajo nos interesa más un concepto sociológico que jurídico de la pena. En este sentido revisaremos dos conceptos de dos autores de nuestra América:

Emiro Sandoval Huertas: “la pena es la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable” (Muñoz Gómez, 1992:26)

Juan Bustos Ramírez: “la pena no es sino autoconstatación (ideológica) del Estado, no es, pues, neutral, como no es neutral el Estado. Mediante la pena, el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él erigido sigue vigente... Mediante la pena el Estado (...) ejerce la función de protección de su sistema, luego de los bienes jurídicos que ha fijado.” (1982:180)

Según Muñoz Gómez estos conceptos no son del todo completos ya que:

- a. Es falso que el Estado se reconoce en la pena, al contrario, la niega y la oculta.
- b. Existen otras penas más allá de las formalizadas por el Estado. Son las reacciones informales inherentes a la pena: ejecuciones extrajudiciales, el etiquetamiento, victimización de familiares, etc. (1992:28-31).

Elementos comunes

Después de revisar varios conceptos de pena, Muñoz Gómez señala que existen al menos dos elementos comunes a partir de los cuales se define la pena: su naturaleza y su finalidad (ídem, 31).

Naturaleza de la pena

- La pena como reacción negativa sería siempre un mal. Excepto en los modelos teóricos-abstractos basados tanto en la expiación como en la retribución, de los que hablaremos más adelante.
- La pena no sólo es aquella que es impuesta por el Estado de manera formal, la pena comprende todas las reacciones informales de la sociedad y del Estado (ídem, 31-47).

Finalidades

Es lugar común que cuando trata de explicarse qué es la pena, se recurra a describir sus finalidades, dando por sobreentendido su concepto. Concepto que “en el fondo no aparece por ningún lado” (ídem, 47).

Es una legitimación automática que se hace de la pena, a través de un discurso que explica sus finalidades. Toda la discusión gira en torno a los fines de la pena, pero no se discute nunca qué es la pena. Ni siquiera las teorías absolutas buscan un concepto de ella, ya que según este enfoque la pena es un fin en sí misma. Esto no es más que como la llama Muñoz Gómez la reificación³⁸⁵ de la pena (ídem, 48). En la sección siguiente nos acercaremos a estas teorías reificadoras de la pena.

Fines de la pena

Estas teorías reificadoras de la pena le huyen a todo tipo de análisis interdisciplinario, desdeñan el análisis sociológico y todo tipo de acercamiento con la realidad. Esto es totalmente razonable, ya que el discurso deslegitimante fue obra principalmente del saber sociológico (Zaffaroni, 1998:50).

³⁸⁵ Cosificar algo, darle existencia, convertirlo en cosa.

Se refugian en el derecho penal y su función como programa normativo, con independencia de que en la realidad logren o no cumplir con su función o fines.³⁸⁶ La dogmática penal se limita a describir teorías sólo en el plano filosófico-jurídico y (supuestamente) político-criminal. Tratando de construir, de esta forma, una concepción ontológica tanto de la pena como del delito (Mir Puig, 1998:45 y Muñoz Gómez,1992:55).³⁸⁷ En las próximas secciones recorreremos estos caminos legitimantes.

Críticas a las teorías absolutas

1. Para Ferrajoli, estas ideas están basadas en la “supervivencia de antiguas creencias mágicas” que derivan de una confusión entre derecho y naturaleza: la idea de la pena como restauración, remedio o reafirmación del orden natural violado; las religiosas del talión o de la purificación del delito a través del castigo ahora ejercidas por el Estado (Bustos: 1982:154); o las menos irracionales de la negación del derecho por parte del ilícito y de la simétrica reparación de éste a través del derecho. “En todos los casos esta concepción primordial de la justicia penal es filosóficamente absurda” (2001:254-255).

2. Estas teorías también confunden dos problemas completamente distintos: el “fin general justificador” de la pena, que no puede ser sino utilitario y mira hacia el futuro, y el de su “distribución”, que tiene como base la retribución y por consiguiente mira hacia el pasado. “Confundiendo a su vez la razón judicial con la razón legal de la

³⁸⁶ Advertimos que con este comentario no estamos confundiendo a la función con el fin. Como afirma Muñoz Gómez: “Las teorías de los fines de la pena son doctrinas normativas aceptadas o rechazadas conforme con valores. Por el contrario, las funciones que la pena cumple son teorías descriptivas de las cuales resultan aserciones formadas sobre la base de la observación de los hechos y por lo tanto susceptibles de ser verificables o falseables” (1992 p. 50).

³⁸⁷ Zaffaroni al comentar el proceso de deslegitimación y desprestigio de los sistemas penales y sus discursos, resalta que ese proceso “fue acompañado por un paralelo empobrecimiento filosófico del discurso jurídico-penal, hasta el punto de sobrevivir casi intactas dentro de ese mismo discurso, concepciones del hombre o antropologías filosóficas que hace muchas décadas han desaparecido de las corrientes generales del pensamiento” (1998p. 9).

pena, esto es, el problema del cuándo castigar con el de por qué castigar” (ídem, 256).

3. De todo lo anterior se sigue que estas doctrinas resultan idóneas para justificar modelos autoritarios de derecho penal máximo (ídem, 257). Además, como afirma Bustos, no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad humana que la pena solo consista en un mal, otra cosa es que lleve como efecto necesario un mal; “tal unilateralidad evidentemente está marcada por la idea del talión o la venganza, que no resulta adecuada para la concepción de un Estado de Derecho” (1982:156). Mir Puig cuestiona estos enfoques “absolutos” con el siguiente argumento:

La función del Estado moderno no se ve generalmente en la realización absoluta de la justicia sobre la tierra. Esta tarea se considera hoy un cometido más moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la ética o la religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico (1998:49)

Zaffaroni, va más allá, e identificado con Jean Paul Marat, califica a estas posturas como contractualistas, las cuales plantean el problema siguiente:

...la cuestión sería obvia en una sociedad “justa”, en la que la pena alcanzase a todos los violadores del derecho y en que todos dispusiesen del mismo espacio social, pero en sociedades reales, en que esto no sucede en ninguna y mucho menos en nuestro margen la pena retributiva queda deslegitimada. (1998:86)

De las críticas al retribucionismo surgen los planteamientos prevencionistas (teorías relativas), que han intentado superar los fundamentos de las teorías absolutas.

Teorías relativas (o de prevención)

Para Muñoz Conde, éstas son las que atienden al fin que persigue la pena. Se preocupan no del fundamento de la pena, sino de ¿para qué sirve la pena? Mir Puig, indica que mientras las teorías absolutas parten, en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin tomar en consideración otros fines de utilidad social, las teorías relativas asignan a la pena el fin utilitario de la prevención de delitos futuros como medio de “protección de determinados intereses sociales”. Se trata de una función utilitaria, que no se funda en postulados religiosos o morales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, sino como instrumento, como medio dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro (Mir Puig, Ferrajoli, 2001:252 y Bustos, 1982:156).

Frente a las teorías absolutas, las teorías preventivistas reciben el nombre de teorías relativas. Ello -según el profesor Mir Puig- se debe a que, a diferencia de la justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales (1998:49-50).

Estas teorías se distinguen según el quantum de sus destinatarios y de sus efectos preventivos, en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

Teoría de la prevención especial

La prevención especial se dirige a la persona del delincuente. Diferentes corrientes la postulan, el correccionalismo en España, la escuela positiva italiana, la dirección político criminal de Von Liszt en Alemania y la defensa social de Mar Ancel en Francia (Bustos, 1982:164).

Para la prevención especial el fin de la pena es la corrección y educación del delincuente (individualmente considerado como un ser anormal), a través de su aseguramiento, para que éste se aparte de la comisión de futuros delitos.

Según este enfoque, ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, enmendar o rehabilitar (doctrinas moralistas), siempre que ello sea posible; en caso contrario lo que procedería sería la inocuización (doctrinas naturalistas de la “defensa social”) (Bustos y Ferrajoli). Ferrajoli nos dice que estos enfoques no miran tanto al delito como al delincuente, no a los hechos sino a los autores, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo. Su fin no sólo es el de prevenir delitos, sino también de “transformar personalidades desviadas de acuerdo con un proyecto autoritario de homologación o, alternativamente, de neutralizarlas mediante técnicas de amputación y saneamiento social” (2001:265).

Bustos explica el surgimiento de estas versiones penales del determinismo positivista, de la siguiente manera:

El desarrollo del Estado durante el siglo XIX y sus continuas disfuncionalidades, con grandes crisis y levantamientos populares, plantean la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales, también en los de tipo criminal. El hombre no puede concebirse ya como un ser bueno y libre por naturaleza, sino por el contrario sujeto a determinaciones; luego el criminal aparece determinado al delito e intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica y social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él, para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de la sociedad, se trata entonces de llevar a cabo una defensa social contra los enemigos de la sociedad. En tal sentido la retribución resulta inadecuada pues parte de un ser libre e igual por naturaleza, y eso es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un peligroso social. Por otra parte también la prevención general resulta ineficaz, ya que parte de la posibilidad de motivar, aunque sea por el miedo a los individuos, y ello –no- es posible en el

caso de los delincuentes, pues están determinados y carecen de la racionalidad suficiente para sopesar costos y beneficios del delito” (ídem, 164-165)³⁸⁸

Ideología del tratamiento

Desde esta perspectiva, el concepto de pena como un mal parece ambiguo. Al respecto Muñoz Gómez destaca que:

En efecto, si la finalidad de la pena es la reeducación y reinserción social del condenado, se supone que tanto la sociedad como el reo son beneficiarios de la pena, y por ende estarían interesados en su aplicación. (...) De la misma forma, la duración de la pena solo estaría limitada por el tiempo necesario para lograr la resocialización, sin importar la gravedad del delito ni los efectos sobre la sociedad. Adicionalmente, la introducción de una metodología científica para lograr la reeducación del penado – tratamiento-, desde el punto de vista teórico descartaría la posibilidad de causar daño al sujeto, con lo cual se destierra el concepto de mal de la resocialización... (1992:33-34)

Esta teoría, además, es armonizable con una criminología etiológica, que busca las causas y factores que llevan a los hombres a delinquir. “Por supuesto la respuesta se halla en ese delincuente anormal, a quien necesariamente hay que tratar” (ídem, 58).

Lo que no se podía hacer como castigo no encontraría objeciones si se realizaba como tratamiento. “Este podría también causar dolor; pero igualmente lo causan muchas curas, y este dolor no tiene la finalidad de ser dolor, sino de ser cura. El dolor se vuelve así inevitable, pero éticamente aceptable” (Christie, 1984:27).

Christie, cuando nos habla sobre el tratamiento -después de comentar el origen médico-militar de Cesare Lombroso (punta de lanza del positivismo criminológico) y su revelación ante el cráneo de Videla (donde halló rasgos atávicos ¿o estigmas

³⁸⁸ Ver también: Ferrajoli, 2001:264,267

demoníacos?³⁸⁹) se pregunta acerca de la naturaleza del criminal nato:

... ¿eran delincuentes comunes, ladrones?, o ¿eran campesinos rebeldes?; ¿se resolvía la cuestión de la naturaleza y causa de la criminalidad basándose en el cráneo de un enemigo político? De cualquier manera, las causas del crimen se atribuían firmemente al interior del cuerpo. Los criminales eran diferentes a la mayoría de la demás gente; y había que hacerles frente con métodos científicos. Había que internarlos o darles tratamiento, de acuerdo con las necesidades de cada criminal (...) (1984:30-31)³⁹⁰

La diferenciación de las penas

El autor que logró universalizar la prevención especial fue Von Liszt, quien consideró al delincuente como objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección o aseguramiento (Muñoz Conde y Muñoz Gómez). Ya en su famoso Programa de Marburgo planteó que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o habitual incorregible, la pena tendría por fin la intimidación individualmente considerada, la corrección (o resocialización) o la inocuización (o neutralización) (Bustos, 1982:166 y Ferrajoli, 2001:268).

Sobre este punto, Mir Puig nos dice que la finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología (etiología):

³⁸⁹ Estos estigmas siempre han sido afirmados por toda la criminología etiológica, siendo suficiente para ello con mencionar a Lombroso. Pérdida de sensibilidad cutánea, tatuajes y agujas, son los elementos comunes al discurso inquisitorio y lombrosiano, sólo que en la inquisición los signos o marcas los ponía el diablo, en tanto que para Lombroso los colocaba la biología” (Zaffaroni, 2004:38).

³⁹⁰ A Lombroso le siguieron, Ferri en Italia, Liszt en Alemania, Getz en Escandinavia... Más adelante Christie destaca: “El estado liberal no era tan liberal cuando se trataba de establecer las condiciones externas para el libre flujo de la empresa económica”

1. Frente al delincuente ocasional necesitado de correctivo, la pena constituye un recordatorio (intimidación) que le inhibe de ulteriores delitos.
2. Frente al delincuente no ocasional pero corregible (delincuente habitual) deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena. Llamada también prevención especial positiva (Muñoz Gómez, 1992:57)
3. Frente al delincuente habitual incorregible la pena ha de perseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo. Llamada también prevención especial negativa (ídem, 57)

Entonces, según el mencionado profesor, la función de la pena para Liszt es la prevención especial por medio de la intimidación (del delincuente no de la colectividad), la corrección o resocialización y la inocuización (Mir Puig, 1998:53-54)

Sin embargo, Mir Puig explica que la prevención especial no puede, por sí sola, justificar el recurso de la pena: en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y, finalmente, en ocasiones no será lícita (ídem, 56).

Ferrajoli explica cómo esta teoría del fin penal está menos condicionada por presupuestos filosóficos; a la vez que refleja el “proyecto autoritario de un liberalismo conservador” para defender penalmente la estructura político-económica existente. Ferrajoli para ejemplificar el carácter clasista de Liszt cita textualmente a este autor:

La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de la misma... Se trata en efecto sólo de un eslabón, si bien el más significativo y peligroso, de esa cadena de manifestaciones patológicas de la sociedad que solemos agrupar bajo la denominación comprehensiva de proletariado. Mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos

dedicados a la prostitución y alcoholizados, fulleros y sujetos de vida equívoca, degenerados física y espiritualmente, todos ellos concurren para formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo estado mayor está formado precisamente por los delincuentes habituales” (2001:268-269).³⁹¹

Entonces, para resumir, tenemos que la prevención especial se divide, según sea el caso, en positiva y negativa:

Prevención especial positiva (o de la corrección)

Es la que se da a través de la corrección del delincuente. Los delitos son considerados como una patología y las penas como su terapia. Estas doctrinas de la enmienda o tratamiento “confunden el derecho con la moral, concibiendo al reo como un pecador a reeducar coactivamente y confiando a la pena funciones benéficas de arrepentimiento interior; las de la defensa social y las teleológicas confunden por el contrario derecho y naturaleza, sociedad y estado, ordenamientos jurídicos y organismos animales, representando al reo como un enfermo o como un ser anormal al que hay que curar o eliminar. En todo los casos es la persona del delincuente más que el hecho delictivo –el pecador más que el pecado, el enfermo más que el síntoma de enfermedad- el que pasa a primer plano a los fines de la calidad y cantidad de la pena” (Ferrajoli, 2001:270).

³⁹¹ La pena es coacción... respuesta al hecho... de una persona racional,... desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose por lo tanto, la configuración de la sociedad... el autor es tomado en serio en cuanto persona... la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo:... prevención especial... efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso” (2003:23- 24) No, no es Liszt, es Günter Jakobs.

Prevención especial negativa (o de la incapacitación)

La prevención especial negativa es la que se da a través de la eliminación o neutralización del delincuente (Ferrajoli). Es una de las justificaciones más sinceras y transparentes de la doctrina, posiblemente a ello se deba que ésta sea una de las menos discutidas... No actúa ni se preocupa sobre las causas, sólo trata de contener algunos efectos, siendo, de esta manera, una respuesta eminentemente reaccionaria.

REFLEXIONES

- Las agencias reproductoras de la epistemología de las instituciones de secuestro encubren, disimulan, disfrazan la realidad con el fin de ocultar el reparto del dolor y legitimar a las instituciones encargadas de ese reparto.
- La pena al igual que el delito no es un dato ontológico. Son más bien productos de procesos de definición. Estos procesos son lentos y por ello son de difícil percepción.
- Al considerar a la pena como producto de procesos de definición, más que penas pudiera hablarse de sistemas y prácticas punitivas hacia determinados sectores de la sociedad (Rushe y Kirchheimer). Sin embargo, no puede negarse la existencia de la pena como realidad concreta, razón por la cual su estudio debe partir de esa realidad concreta.
- La pena no sólo es aquella que es impuesta por el Estado de manera formal. En este sentido, la pena comprende también todas las reacciones informales de éste y todas las de la sociedad, hacia las construcciones llamadas: delito y delincuente.

- La realidad concreta nos demuestra que la pena no cumple (al menos en un grado significativo) con ninguno de sus fines ni funciones declaradas.
- Las teorías absolutas legitimadoras de la pena están basadas en creencias “mágico- religiosas”, que confunden la moral con el derecho y lo futuro con lo pasado. En las sociedades reales la pena no alcanza a todos los “transgresores” del derecho, los cuales no disponen de las mismas condiciones sociales entre sí, especialmente en nuestros países; además, al encontrarse en el plano meramente metafísico y filosófico estas premisas son muy difíciles de verificar en la realidad (que es un plano mucho más complejo porque tiene el costo de vidas y dolor humano); razones por las cuales estos enfoques carecen de validez, legitimidad y utilidad social.
- La idea de prevención especial también confunde al derecho con la moral y con la naturaleza; la idea de pena como tratamiento una de las principales premisas de este enfoque- es insostenible, porque represión y educación no son sinónimos; la prevención especial instrumentaliza al hombre para los fines del Estado y no al revés (como debería ser);³⁹² todo esto, obviamente, también fundamenta los modelos autoritarios del derecho penal máximo.
- En cuanto a la idea de prevención general -de manera muy semejante a las tesis absolutas- la verificación empírica de sus funciones no se ha confirmado, presentándose entonces más como una cuestión de fe y dado su pretensión utilitaria esto se convierte en una debilidad significativa; para este enfoque lo importante es la protección del sistema, y no de las personas; la intimidación como instrumento de prevención alimenta también la maximización del

³⁹² Con esto no quiere negarse la necesaria formación colectivista y solidaria del hombre, lo importante es que a éste – como ya hemos señalado- no se le suprima como individuo. Pero tampoco esto último, debe entenderse como una oda al individualismo, concepción política y filosófica tan terrible y nefasta como cualquier totalitarismo.

derecho penal de manera ilimitada.

- La expansión de las “modas” de la prevención general positiva, pertenecientes a la teoría sistémico-funcionalista, son totalmente adversas a los principios garantistas que constituyen un límite al sistema penal; así como a la construcción de cualquier proyecto alternativo en miras a la emancipación del hombre. Por el contrario, este enfoque ofrece un nuevo soporte para la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes (Baratta, 1985:23-24).
- Con total independencia del no cumplimiento de los fines, ni de las funciones declaradas de la pena, todas las teorías de los fines de la pena (absolutas, relativas y eclécticas) conllevan a la reificación de su concepto. El cual es inexistente (desde el punto de vista ontológico) y se da por sobreentendido, en una búsqueda de desviar cualquier discusión al respecto, porque el objetivo es legitimar su existencia.
- Como la existencia del sistema penal y del castigo es una realidad, aceptamos como táctica al derecho penal mínimo (como transición al abolicionismo), en la búsqueda de la reducción del dolor.
- Un verdadero Estado Social y democrático de derecho tiene necesariamente que reconocer al ser humano como una entidad ética diferente al Estado, autónoma y superior, pues constituye su finalidad, la entidad ética del Estado solo se entiende y legitima al servicio del ser humano, y no a la inversa. (Bustos, 1982:183)
- Es importante hacer más énfasis en el derecho a la educación de los ciudadanos, garantizar su acceso y calidad a toda la sociedad (atendiendo primero o paralelamente a las diferencias materiales que existen en la realidad, para hacerlo posible). Si esto se cumple efectivamente sería innecesario hablar de “re-educación” o “re-socialización”.

- Coincidimos con Zaffaroni y Christie en que la decisión éticamente correcta es la que elige la “valoración de la vida, pese al coraje de pensar”, trazándonos como meta: la reducción del dolor en todo el sistema penal. Ya es tiempo “que prestemos más atención al cielo.”
- Creemos que es posible tener una actitud de “optimismo consciente”, que busque: reducir los niveles de violencia y dolor innecesario e inútil, salvar vidas humanas y construir nuevos mecanismos de solución de conflictos a la vez que desmontamos al sistema penal vigente. En este sentido es de suma importancia la: reconstrucción de vínculos comunitarios, participación de la víctima y de las partes en la solución del conflicto; construcción de un discurso diferente, no violento, y no estigmatizador de los sectores más vulnerables y marginados de la sociedad, lo que pasa por la “neutralización del aparato de propaganda violenta del sistema penal” (medios masivos), introduciendo mensajes alternativos; entre otras.²⁹⁹
- Todas las teorías de los fines de la pena con llevan a la reificación del concepto de delito, partiendo del supuesto de un derecho penal racional ya sea por la vía.
- iusnaturalista (fundamento ético-religioso), consensual (fundamento jurídico) o utilitaria (fundamento pragmático). Con total indiferencia de que en la realidad cumpla o no con los fines que le adjudiquen. Incluso, se evidencia también la reificación del concepto de pena, a pesar de no dar una definición de la misma. Se reflexiona sobre sus fines, como si existiera un concepto indiscutible de pena que no necesita ser estudiado (Muñoz Gómez, 1992:68-69).

En cuanto a los actuales pilares fundamentales de la legitimación de la pena, la prevención especial y la prevención general (y todas las teorías preventivistas), más que “ideologías gemelas”, podemos decir que son una misma ideología -con su toque retribucionista que se nos presenta teóricamente como un ser (para nosotros como un monstruo, para otros como un dios redentor) de múltiples cabezas, cada una de ellas adaptable a cualquier cambio del ambiente (entiéndase sistema económico político); que incluso en ocasiones llegan a fusionarse en una sola; lo que le ha permitido sobrevivir y mimetizarse a través del tiempo, y seguir contribuyendo con el mantenimiento de las relaciones de dominación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Bibliografía de Jorge Enrique Zavala Baquerizo

Zavala Baquerizo, Jorge (2004). Tratado de derecho procesal penal (vol.11). Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.

Zavala Baquerizo, Jorge (2005). La detención. *Revista Jurídica*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de: <http://www.revistajuridicaonline.com/2005/10/la-detencion/>

Zavala Baquerizo, Jorge (2007). Tratado de derecho procesal penal (XI tomos). Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.

Zavala Baquerizo, Jorge (2008). El procedimiento abreviado. *Revista Jurídica*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de: <http://www.revistajuridicaonline.com/2008/03/el-procedimiento-abreviado/>

Zavala Baquerizo, Jorge (2009). Amparo de la libertad. *Revista Jurídica*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de: <http://www.revistajuridicaonline.com/2009/02/amparo-de-la-libertad/>

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Arguedas, M. (2002). Reflexiones médico legales acerca del perjuicio estético. *Medicina legal* Costa Rica, vol.19, nº.1 Heredia Mar. 2002.

Agudelo, B. (1995), N. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito*. Ediciones La Constitución, Colombia.

Aristóteles (2005). *Ética a Nicómaco* (4ª reimpresión) Introducción y traducción y notas de Calvo Martínez, José Luis. Madrid, España: Alianza Editorial S.A.

Aristóteles (2010). *Retórica*. México, D.F.: publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Arroyo, L. (1999). *Bajo un signo de esperanza*. Manta, Ecuador: Arroyo Ediciones.

- Arroyo, L. (2005). *Las normas penales en blanco y su legitimidad*. Manta, Ecuador: Editorial Arroyo Ediciones.
- Arroyo, L. (2015). El fenómeno criminal dentro de la visión general de la cultura. *Revista Jurídica Científica SSIAS*.
- Arroyo, L. (2016). *Análisis de la teoría de la pena en la obra de Jorge Enrique Zavala Baquerizo*. Universidad de Córdoba-España. Trabajo Final de Máster.
- Arroyo Baltán, Lenin T. & Albert Márquez, José J. (2018). La pena desde la axiología jurídica, a partir del itinerario jurídico de Jorge Zavala Baquerizo. *Revista Dominio de la Ciencia*. Vol. 4, nº. 05 de enero de 2018, pp. 748-783.
- Avila, K. (2006) “Estudio de la participación comunitaria o ciudadana como modalidad de una política criminal. Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. “Hacia la construcción de un Derecho Penal Latinoamericano”. Bogotá, Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia y Editorial Leyer.
- Avila, K. (2005) Aproximación a las propuestas de prevención y control del delito desde la criminología crítica. *Capítulo Criminológico*. Vol. 33, N°2: 225-265. Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro, LUZ, Venezuela.
- Ayala Mora, E. (1988). *Lucha política y origen de los partidos en Ecuador*, Quito, Ecuador: Editorial Corporación Editora Nacional.
- Ayala Mora, E. (2012). *Resumen de historia del Ecuador* (4ª ed. actualizada). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Bachof, O (1985). *Jueces y constitución*. Madrid, España: Editorial Chivitas.
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis-Ilanud.
- Baena Paz, G. (2014). *Metodología de la investigación* (1ª ed. ebook). México, D.F.: Grupo Editorial Patria.
- Baratta, A. “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” (1985). *Criminología y Sistema Penal*. (Compilación in memoriam). Euros Editores, Argentina, 2004.

- Baratta, Alessandro, Bergalli, Roberto, Beristain, Antonio & Olmo, Rosa del (1992). *Libro homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo* (escritos de derecho penal y criminología). Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino
- Beccaria, B. C. (1978). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L
- Bentham, J (1838). *Teoría de las penas y las recompensas* (3ª ed.) Estevan Dumont (editor). Barcelona, España: Editorial Imprenta de Manuel Sauri.
- Bitencourt, Cesar (2008) *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 13ª Ed. (São Paulo: Saraiva)
- Bustos, J. (1982) *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Temis, Bogotá (Colombia),.
- Carnelutti, F. (2016). *El problema de la pena* (1ª ed.). Santiago-Chile: Ediciones Olejnik.
- Carnelutti, F. (1940). *Metodología del derecho*. México, D.F.: Editorial Hispanoamericana.
- Carpintero, F. (1992). *Historia y justicia, según los juristas de formación prudencial*. Madrid, España: Anuario de Filosofía del Derecho IX.
- Carpintero, Francisco et al., (2003). *El derecho subjetivo en su historia*. Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- Carpintero, F. (2004). *Justicia y ley natural: Tomás deAquino, y los otros escolásticos*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones.
- Carpintero, F (2018). *El método del derecho en el cambio científico del siglo XX*. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Carpintero, F. (2012) ¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural? *Persona y Derecho*. Revista Semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra nº 66/67 pp. 315-353.
- Cervantes, Miguel (2012). *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. San José, Costa Rica: Editorial digital, Imprenta Nacional (1ª parte, cap. XXII), p. 153.
- Christie, N. (2005) “El delito no existe”, en: *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio Maier*. Editores del Puerto, Argentina.
- Christie, N. (1984) *Los límites del dolor*. Fondo de Cultura económica, México.

- Cuello Calón, E. (1974). *La moderna penología* (t. I): Regresión del delito y tratamiento de los delincuentes. *Penas y medidas. Suejecución*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Cuello Calón, E. (1975). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Ed. Bosch Casa Editorial S.A.
- Cuello Contreras, J. (2002). *El derecho penal español. Parte general: nociones introductorias, teoría del delito*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.
- Donati, Pierpaolo y García Ruiz, Pablo (2006). *Repensar la sociedad*. El enfoque relacional. Madrid, España: Ediciones Internacionales Universitarias.
- Drapkin, I. (1982). *Los códigos prehamurábicos*. Editorial Ediciones Temas de Hoy S.A
- Eslava, J. (1993). *Verdugos y torturadores*. Madrid, España: Editorial Ediciones Temas de Hoy S.A
- Etcheberry, Alfredo (1986). *Derecho penal*. Santiago de Chile: Editora Nacional Gabriela Mistral
- Feijoo, B. (2007). *Retribución y prevención general*. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.
- Fernández-Carvajal, R (1981). *El lugar de la ciencia política*. Murcia, España: Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Ferrajoli, L. (2001) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). El derecho penal mínimo. VV.AA. *Prevención y teoría de la pena*. Bustos Ramírez, Juan (director). Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda., pp. 25-48.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta
- Ferrajoli, L. (2013). *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal* (t. II). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Ferrajoli, L. (2017). *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen* (1ª ed.). Perfecto Andrés Ibáñez (trad.). Madrid, España: Editorial Trotta S. A.

- Font, E. "Entrevista a Louk Hulsman." *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Editorial Edino, Ecuador.
- Fontán, C. (1995). *Tratado de derecho penal. Parte general* (2ª ed.), vol. 1. Abeledo-Perrot (editor). Buenos Aires, Argentina: Editorial Sud-americana.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.
- Galán Gutiérrez, E. (1945). *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Gallardo de Parada, Yolanda & Moreno Garzón, Adonay (1999). *Aprender a investigar. Módulo 3 recolección de la información*. Santa Fe de Bogotá D.C., Colombia: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.
- Galtung, J (1996). *Investigaciones teóricas: sociedad y cultura contemporáneas*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Galtung, J.(2015) Sobre mediación. *Conferencia Unidad de Mediación Intrajudicial*, Murcia, España.
- García de Cortázar, Fernando (2017). *Prólogo*. Stark, Rodney (2017). *Falso testimonio: denuncia de siglos de historia anticatólica*. Madrid, España: Editorial Sal Terrae.
- Goldstein, Mateo (1947). *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*. Editorial Atalaya, Buenos Aires, Argentina
- Grispigni, F. (1948). *Derecho penal italiano* (vol. I, 2ª ed.). Isidro de Benedetti (ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- Guaimarães, C. Revisão crítica da pena privativa de liberdade: Uma aproximação democrática *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Primero Nacional de Derecho Penal y Criminología*: 247-267. Universidad de Guayaquil, ARA Editores, Ecuador, 2005.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1966). *La fenomenología del espíritu*. México, D.F: Editorial Fondo de Cultura Económico.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1986a). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. (1ª ed.) Frankfurt del Meno: Editorial. Suhrkamp.

- Hentig, Han von (1968). *La pena II*. José María Rodríguez Devesa (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe S.A.
- Hentig, Hans von (1959). *Problemas de la absolución en el asesinato*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Hentig, Hans von (1967). *La pena* (vol. I). José María Rodríguez Devesa (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe S.A.
- Herman Hansen, Mogens (2016). El juicio de Sócrates desde el punto de vista ateniense. *Universitas Philosophica*, vol. 33, nº. 67, julio-diciembre, 2016, pp. 17-52. Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia
- Horacio & Padilla Alba, Herminio Ramón (2018). *Manual de derecho penal*. Parte general (3ª ed.) Granada, España: Editorial Comares, SL
- Jakobs, G. y Meliá C. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas Ediciones, Madrid (España).
- Jakobs, G. "La pena estatal: significado y finalidad" *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano I Primero Nacional de Derecho Penal y Criminología*: 11-70. Universidad de Guayaquil, ARA Editores, Ecuador.
- Jiménez de Asúa, Luis (1992). *Tratado de derecho penal* (t. I, 5ª ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada S.A
- Jiménez de Asúa (1982). *Tratado de derecho penal: culpabilidad y su exclusión* (3ª ed.)
- Jiménez de Asúa Luis (1954). *La ley y el delito*. México, D.F.: Editorial Hermes.
- Juan Pablo II (25/03/1995). *Encíclica Evangelium Vitae*. Recuperado de: <https://acortar.link/QqvEOZ>
- Kant, I (1873). *Principios metafísicos del derecho*. G. Lizárraga (trad.). Madrid, España: Librería de Victoriano Suárez.
- Kant, I (1921). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. M. García Morente (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa Calpe. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Riga, 1785.
- Kant, I. (1981) *Crítica de la razón práctica* (2ª ed.). E. Miñanay Manuel García Morente (trad.). Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe. Título original: *Kritik der praktischen Vernunft* (1788).

- Labatut , G. (1979). *Derecho penal*, (t. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Larrauri,E .(2017). *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*.
<https://acortar.link/9YFIDN>.
- Liszt, Franz. *La idea del fin en el derecho penal*. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares
- Mapelli, Borja y Terradillos, Juan María. (1999) *Las consecuencias jurídicas del delito*. Segunda edición.Madrid: Praxis.
- Mezger, E. (1990). *Derecho penal. Parte general*. Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, México.
- Medina, D. (1995). *Derecho y libertad*. La teoría de imputabilidad en Aristóteles. Madrid, España: Publicado en Cuadernos de política criminal, nº 55.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. 5ta ed. Barcelona.
- Montemayor Hernández, María Velia, et. al (2002). *Guía para la investigación documental*. México, D.F.: Editorial Trillas S.A.
- Montero Sieburth, Martha (1993) Corrientes, enfoques e influencias dela investigación cualitativa para Latinoamérica. *Revista interamericana de desarrollo educativo*. Washington, vol. 37, nº. 116, pp.492-493.
- Montesquieu (1820). *Espíritu de las leyes* (t. I). Juan López de Peñalver(trad.). Madrid, España: Imprenta de Villalpando.
- Montesquieu (2001). *Del espíritu de las leyes* (14º ed.). México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Morse, Janice M. (Ed.) (2005). *Asuntos críticos en los métodos de investigación cualitativa*. San Vicente del Raspeig, España: Universidad de Alicante.
- Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes (1996). *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed.) Valencia, España: Editorial. Tirantlo Blanch.
- Muñoz Conde, F (1975). *Introducción al derecho penal*. Barcelona, España: Editorial Casa Editorial Bosch.
- Muñoz Conde, F (1977). *Introducción al derecho penal*. Barcelona, España: Editorial Bosch Casa Editorial S. A.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. 2da ed. Euros Editores, Argentina.

- Muñoz Gómez, J. (1992) El concepto de pena. Un análisis desde la criminología crítica. Ediciones Forum Pacis, Bogotá.
- Modolell, J. (2001) Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva. Livrosca, Caracas Venezuela.
- Neuman, Elías (2006). Verdugos y médicos, ¿víctimas o victimarios? San José de Costa Rica: *ILANUD al Día* (vol. 14), nº. 27.
- Pérez Pimentel, R. (2014). En memoria del doctor Jorge Zavala Baquerizo. *Revista Jurídica Ensayos Penales* (nº 9). Quito, Ecuador: Publicación de Corte Nacional de Justicia.
- Platón (1872). *Obras completas. La república o el estado* (t. VII). Puesta en lengua castellana por primera vez por D. Patricio de Azcárate. Madrid, España: Medina y Navarro Editores.
- Plutarco (1830). *Vidas paralelas* (t. V). Antonio Ranz Romanillos(trad.). Madrid, España: Editorial Imprenta Real.
- Plutarco (1838). *Les vies des hommes illustres* (t. I). Ricard (trad.). Paris, Francia: Editorial Didot.
- Rodríguez, L. (1981). *Criminología. México*, D.F.: Editorial Porrúa S.A
- Rosales, E. (2005) "Sistema Penal y Estado Constitucional en Venezuela." Capítulo Criminológico. Vol. 33, Nº4: 469-515. Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro,LUZ, Venezuela.
- Salas, L (2012). El arrepentido colaborador de la justicia. Una figura perversa. Recuperado de: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2439-20/41>.
- Sánchez, I. (2005). El coimputado que colabora con la justicia penal con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las leyes orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (nº. 07-05).
- Silva, J. (2006) La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo/Buenos Aires: B de F.
- Singer, P. (2002). Respetar la vida y la muerte. Una vida ética. Escritos. Madrid, España: Editorial Taurus.
- Spaemann, R. (2007). Ética: cuestiones fundamentales. Versión española y prólogo de José María Yaguas (8ª ed.). Ediciones de la Universidad de Navarra S.A

Tejada, F. (1946). *Historia de la filosofía del derecho y del estado*. Madrid, España: Editorial Escelicer S.L

Vásquez, Hoys, A. (2009). Confesión negativa. Libro de lo muertos. Recuperado de: <http://www.bloga-navazquez.com/2009/03/18/confesion-negativolibro-de-los-muertos/#comments>

Vizcaíno,R. 2002. *Las rimas morales del abuelo*. San Vicente (Alicante), España: Editorial Club Universitario

Zaffaroni, E. (1977). *Tratado de derecho penal. Parte general* (1ª ed., t. I). Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina.

Zaffaroni, E. (2004) *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Lectio Doctoralis. EDIAR, Argentina.

Zaffaroni, E. (1998) *En busca de las penas perdidas*. EDIAR, Argentina.

SOBRE LOS AUTORES



Julio César De Jesús Arrias Áñez

<https://orcid.org/0000-0002-2653-2721>

Abogado, Licenciado en Administración de Empresas, Magister en Gerencia Empresarial, Doctor en Ciencias (PhD), con Diplomado en Derechos Humanos. Maestrante en Derecho Penal y Criminología Autor de artículos publicados en Revistas Científicas Internacionales Indexadas de Alto Impacto e Impacto Regional. Expositor de Ponencias en Congresos Internacionales. Experto en materia penal, gerencial y administrativa. Ex secretario judicial en la jurisdicción penal ordinaria y especializada en materia de violencia de género, ex fiscal del Ministerio Público con competencia contra las drogas, delincuencia organizada, delitos económicos y delitos de corrupción. Con experiencia de tres años como docente investigador.



César Elías Paucar Paucar

<https://orcid.org/0000-0003-2624-0427>

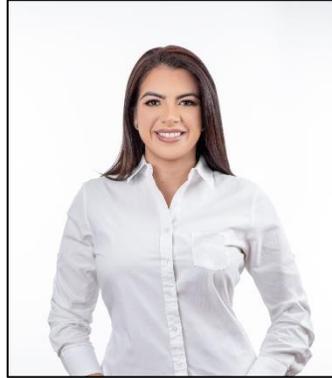
Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador, Magister en Derecho Constitucional, Magister en Derecho Penal y Criminología, Diploma Superior en Contratación Laboral, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena, Docente de la Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES.



Cinthia Mariela Cajas Párraga

<https://orcid.org/0000-0002-2014-7160>

Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador,
Magister en Derecho Constitucional, Docente de la
Universidad Regional Autónoma de los Andes
UNIANDES.



Gitta Andrade Olvera

<https://orcid.org/0000-0002-2965-2091>

Abogada de la República del Ecuador, Especialista en Derecho Constitucional, Máster en Derecho Constitucional, Máster Internacional en Derecho de género en la Universidad ESNECA con sede en Madrid. (Título reconocido por Haya), Máster Internacional en Prevención de la Violencia de Género en la Universidad ESNECA con sede en Madrid. (Título reconocido por Haya). Ex Gestora de la Asamblea Nacional en Los Ríos, ex Coordinadora de la Escuela Legislativa de la Asamblea Nacional, actualmente docente universitaria.

Finalidad de la pena desde la perspectiva histórica filosófica y su influencia en el marco jurídico penal imperante

FINALIDAD DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SU INFLUENCIA EN EL MARCO JURÍDICO PENAL IMPERANTE

*Julio César de Jesús Arrias Añez
Cesar Paucar Paucar
Cinthia Cajas Parraga
Gitta Andrade Olvera*

