

PENA DE MUERTE. UNA REFLEXIÓN COMPARATIVA*

JAVIER GALLEGO S.**

Universidad de Chile

RESUMEN: En este artículo se pretende revisar de forma sistemática la discusión jurisprudencial en torno a la admisibilidad de la pena de muerte. Para ello se revisarán las sentencias de la Suprema Corte norteamericana recaídas en casos donde se pretende aplicar la pena de muerte. Luego se proceden a revisar los principales argumentos esgrimidos en Chile en la discusión legislativa en torno a la promulgación de la ley 19.734, derogatoria de la pena de muerte.

Palabras clave: *Pena de muerte, fines de la pena, principio de proporcionalidad, Ley 19.734.*

ABSTRACT: In this article the author attempts a systematic review of the jurisprudential discussion concerning the admissibility of the death sentence. For this purpose, there will be a revision of the judgments of the Supreme North American Court relative to applicable death sentence to certain felonies. Then a revision will take place around the principal arguments used in Chile in the legislative discussion concerning the promulgation of the law 19.734, derogatory of the death sentence.

Key words: *Capital punishment, proportionality, law 19.734.*

La presente convocatoria relativa a la problemática fundamentación filosófica, moral y jurídica de la institución del castigo, nos invita a reflexionar sobre la figura más emblemática de dicha institución, y aquella en donde más urge una elaboración razonable y detallada de razones y fundamentos: la pena de muerte.

En el presente artículo tenemos como finalidad revivir la discusión al parecer definitivamente cerrada en nuestro país desde hace nueve años, sobre el fundamento moral de la ejecución de la sanción más brutal con que cuenta una organización política, para desterrar definitivamente a quien decide contravenir los mandatos del derecho.

En primer lugar, abordaremos diversas perspectivas tanto clásicas como modernas, que pretenden una descripción coherente de un proyecto moral de definición del ordenamiento jurídico en lo que respecta a su escala de penas.

En segundo lugar, realizaremos una exhaustiva descripción de los principios morales invocados en las resoluciones de los más importantes casos norteamericanos, donde tuvo la Suprema Corte que decidir sobre la vida y muerte de una persona.

Finalmente, teniendo en mente la relación entre vinculación constitucional y principio moral de respeto a la vida, reflexionaremos en torno a los argumentos esgrimidos por nuestros legisladores en las discusiones en torno a la promulgación de la ley derogatoria de la pena de muerte en Chile.

* El autor quisiera agradecer a los profesores Antonio Bascuñán y Juan Pablo Mañalich por su colaboración en torno a gestiones necesarias para completar este ensayo. Al mismo tiempo, agradecimientos para el profesor Fernando Atria por proporcionar el texto de J. Murphy que resultó fundamental para la elaboración de este ensayo. Parte de este ensayo se enmarca en el trabajo realizado al interior de la cátedra "Fundamento Moral de la Práctica Punitiva del Estado" a cargo del profesor Antonio Bascuñán.

** Estudiante de Quinto Año. Ayudante de los cursos Filosofía (de la) Moral, Historia de la Filosofía del Derecho, Derecho Penal.

1. EL ESPACIO DE LA PENA DE MUERTE EN UNA TEORÍA SOBRE EL CASTIGO

El contractualismo de Cesare Beccaria resulta en una exposición coherente de la negación de la pena de muerte como medida jurídicamente reconocida. Aquellos que contravengan los mandatos del derecho pueden ser expulsados, pero no puede llegar a pensarse que el contrato da a los ciudadanos el derecho a expulsar de la faz de la tierra a otro.

De este modo, la pena de muerte aparece como la negación del derecho¹, su ejecución solo puede significar la declaración de un estado de guerra en que resulta el sancionado en un enemigo que debe ser eliminado, invocándose razones de utilidad a favor de la destrucción de su ser².

En cierto sentido, demarcar la admisibilidad de las sanciones dentro del ordenamiento jurídico invocando consideraciones de moral racional en los individuos es algo que venía haciéndose desde el contractualismo de Hobbes.

Para Hobbes, la pena es un mal que inflige la autoridad pública con el fin de instar a los hombres a la obediencia de las leyes³. De este modo se ha dado en considerar a Hobbes un genuino prevenciónista general. Y no podría ser de otro modo, pues en Hobbes la expresión del castigo impuesto por el soberano constituye el sustituto de cualquier forma de reproche moral y la única manera de asegurar la convivencia en sociedad.

Hobbes parece aceptar la existencia de la pena de muerte. Así en su división de los castigos, dentro de los llamados castigos ‘humanos’ ubica los corporales, y dentro de estos los ‘capitales’ y los ‘menos que capitales’. Los capitales producen la muerte, ya sea simplemente, ya sea por tormento⁴. Si bien Hobbes enmarca su esquema de castigos y la aplicación de estos al orden preestablecido por la ley natural (prohibiendo por ello, por ejemplo, el castigo al inocente), debe anotarse que para muchos el espacio dedicado a la pena de muerte resulta en una contradicción con los deseos racionales de autoconservación que motivan a los hombres a contratar entre ellos, dando origen a la sociedad civil.

De vuelta a Beccaria, el filósofo expone más adelante en el espacio dedicado a la pena de muerte, su comprensión de lo que modernamente se ha denominado principio de ‘proporcionalidad’. Al respecto señala lo siguiente: “Para que una pena sea justa no debe tener lo intenso de ella más que aquellos grados solos que basten a separar a los hombres de los delitos; (...) [l]o intenso de la pena, que existe en la esclavitud perpetua, sustituido a la pena de muerte, tiene lo que basta para separar cualquier ánimo determinado”⁵.

Se aprecia así una atención al fin preventivo - general de la sanción penal, y con ello un enlace de proporcionalidad que termina justificando el reemplazo de la pena de muerte por una pena de esclavitud. Esto hoy en día podría compararse al reemplazo por la pena de presidio perpetuo (cuestión que se analizará en la sección última de este trabajo); sin embargo, debe notarse que para Beccaria, la esclavitud perpetua resulta más eficaz en términos preventivo - generales, aunque a la vez más benigna que la muerte.

¹ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: España, Editorial Alianza, 1968, pp. 74-81.

² *Ibid.*, p. 74.

³ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Madrid, España: Editorial Alianza, 1989, p. 248.

⁴ *Ibid.*, p. 251.

⁵ BECCARIA, Cesare. *op cit.* (n. 1), p. 76.

En forma posterior a Beccaria, Immanuel Kant intentó una incorporación igualmente sistemática de la pena de muerte en su ‘Doctrina del Derecho’⁶. Kant será de una enorme importancia en la revisión que haremos del tratamiento contemporáneo de la pena de muerte. Por lo demás, en torno a esta forma de sanción, el planteamiento kantiano sobre el derecho será considerado fundamento basal del retribucionismo filosófico.

En su Doctrina del Derecho, Kant expone de manera algo cruda el sentido de justicia que la pena de muerte puede llegar a significar cuando se sancionan delitos graves, como el asesinato⁷. La exposición es consecuente dentro del marco del retribucionismo kantiano, respecto del cual no es en absoluto necesario realizar una exposición aquí.

Sí resulta relevante notar la observación que hace Kant a la postura ya comentada de Beccaria. El pasaje de respuesta a Beccaria, después de tratar su “sentimentalismo compasivo” de “sofistería y rabulismo” introduce una de las aristas más relevantes en la teoría moral/jurídica kantiana; la idea de que existen dos dimensiones del hombre que actúa, una como legislador que participa de la existencia en el estado de la sociedad civilizada, y otra como súbdito, sometido a la observancia del derecho en el fuero externo. Es la segunda y no la primera dimensión la que busca el hecho punible y se hace con ello, merecedora de la sanción penal. Esta distinción de filosofía moral y política será desarrollada más ampliamente más tarde por Urs Kindhäuser, en la forma de su famosa distinción entre la llamada ‘autonomía pública’ y la ‘privada’⁸.

Jeffrie Murphy, en su obra *Cruel and Unusual Punishments* sitúa el retribucionismo kantiano en la tradición contractualista al entender que el sujeto culpable debe merecer la pena de muerte en el sentido de que debe pagar una ‘deuda’ que ha asumido con la sociedad⁹. En este sentido, explica que un sentido de justicia obliga a los ‘deudores’ a pagar por no haberse comportado de la misma manera que los otros, aquella manera que respeta y reconoce la vigencia de las normas que permiten una convivencia humana pacífica.

Murphy alega haber defendido en obras anteriores a la que aquí se cita, una concepción retribucionista de la pena basada en la idea de ‘justicia’¹⁰, que se observa incorporada en cualquier otra teoría sobre el fundamento de la pena. La influencia kantiana en su teoría se aprecia al momento en que destaca el valor del retribucionismo al evitar el mantenimiento de sujetos que, con su actuar, se aprovechen de la actitud pasiva de los otros, acatadores de los mandatos de las normas.

¿Cómo sigue de aquí el argumento de Murphy contra la pena de muerte?

El autor está consciente del impedimento fundamental que aqueja a una teoría sobre el *fundamento* del castigo basada en el principio de retribución, cual es, que no puede sino dejar en la incertidumbre el problema de seleccionar las conductas concretas que deberían ser objeto de castigo y cuánto castigo debería cada uno recibir. Se deriva de este problema la intuición fundamental de que al menos es posible excluir ciertas formas

⁶ KANT, Immanuel. *Metafísica de las Costumbres*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1989, pp. 165-174.

⁷ *Ibid.*, p. 170.

⁸ Véase uno de los pocos artículos en español sobre el tema, KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp.17-62.

⁹ MURPHY, Jeffrie. *Cruel and Unusual Punishment*, en MURPHY, Jeffrie. *Retribution, Justice and Therapie*. Boston, Estados Unidos: Dordrecht, Kluwer Academic Press, 1979, p. 229.

¹⁰ *Ibid.*, p. 230.

de castigo, por razones sustantivas a pesar de que el ya mencionado principio de justicia se vea satisfecho según la lógica contractualista - kantiana.

Este punto interesa al presente trabajo. Para Murphy, no puede negarse la validez trascendental de argumentos morales que obligan la prohibición de ciertas formas de castigo, a pesar de que con estas se pueda satisfacer una mera relación de proporcionalidad¹¹.

Esta cuestión resulta de suma importancia, pues en los análisis jurisprudenciales a los que nos abocaremos en la sección siguiente, la pena de muerte en su aplicación pasará por un obligatorio filtro dado por lo general por el ‘mandato de proporcionalidad’. Sin embargo, como Murphy habría de notar, no es lo mismo asegurar la vigencia del principio de proporcionalidad según la lógica retribucionista, que asegurar la vigencia de una norma de vinculación constitucional (lo que importa entre otras cosas, por la relevancia de la proporcionalidad como principio, elevado generalmente a rango de norma constitucional). Estas dos cuestiones son a su vez distinguibles con la idea de ‘objeción moral’ que acabamos de expresar.

Ahora bien, el núcleo central para tratar las distinciones teóricas que hemos trazado más arriba, lo constituye para Murphy el concepto kantiano de ‘autonomía’. Sabemos que para Kant, la autonomía de la voluntad como idea no solo permite la cultivación moral del amor propio, sino también un fundamento racional *apriorístico* para la obligación jurídica¹². En este sentido, se puede afirmar que la posibilidad de la vida en sociedad, ya no para el desarrollo completo de nuestra propia satisfacción como en Hobbes sino para nuestro mutuo reconocimiento moral, es tal en virtud de la existencia del derecho y de la obligación jurídica.

De esta forma, Murphy plantea una concepción retribucionista del castigo “justo” que encuentra como límite a la proporcionalidad nominal, la idea de “reconocimiento moral del sancionado” (noción que, como veremos, dará un giro trascendental en la llamada ‘Función expresiva de la pena’). Procede el autor a demarcar las formas aceptables de castigo desde el punto de vista moral, en primer lugar, descartando aquellos castigos que no permiten una forma *humanitaria* de relacionarnos unos con otros. En segundo lugar, Murphy conecta la noción kantiana de autonomía con el principio de proporcionalidad, acercando la idea del ‘merecimiento’ a una noción más bien hegeliana¹³.

Acercándose a la concepción política de la justicia de John Rawls, Murphy procede a describir las condiciones en que es posible describir la implementación por una sociedad del castigo, como “justa”. La idea es que “en una sociedad justa, el castigo debe ser proporcional a la gravedad *objetiva* de la conducta, y no a su gravedad en términos subjetivos”. Murphy entiende que aquí la ‘Teoría de la Justicia’ puede ser útil para combatir el utilitarismo (penal) e introducir estándares de objetivación pero que a su vez, permiten exigencias morales de retribución en las penas y castigos basados en la medida del reproche¹⁴.

¹¹ *Ibid.*, p.233

¹² Véase ROJAS, Víctor Manuel. *La filosofía del Derecho de Immanuel Kant.* <En línea>. Disponible en World Wide Web: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art8.pdf>>

¹³ MURPHY, Jeffrie. *op. cit.* (n. 9), p.234.

¹⁴ *Ibid.*, p.235.

Las posturas de los dos últimos autores mencionados son ubicadas coherentemente en el esquema retribucionista propuesto recientemente por Juan Pablo Mañalich¹⁵, para quien es posible reconocer al menos dos vertientes importantes de la necesidad teórica de proporcionalidad en lo que respecta al fundamento moral de la pena de muerte. La primera, clásica, proveniente de la teoría de la pena kantiana, excluye la posibilidad de la pena de muerte en todo caso, cualquiera sea la naturaleza del comportamiento, en razón de la degradación que esta pena supone, respecto del individuo, que dejaría de reconocer su autonomía moral y su existencia como agente racional. La segunda interpretación, moderna, le pertenece a Murphy quien, según Mañalich, admite la posibilidad de justificar teóricamente la pena de muerte cuando el grado de reproche en atención a la conducta en cuestión así lo admite. Sin embargo, el problema que queda abierto en este punto para el retribucionismo - proporcionalista dice relación con la incapacidad de participar que afecta al sujeto reprochado, de la mediación comunicativa que se entiende, supone el acto de reprochar ‘mediante’ la ejecución de la pena. Esto en razón del efecto de la muerte como sanción, que no provoca sino la destrucción total del individuo y de sus condiciones mínimas para considerarse persona.

En este punto el enfoque propuesto por Mañalich cobra sentido. Nos referimos a la llamada “función expresiva de la pena” que naturalmente, no le pertenece a Mañalich, pero a quien le debemos un tratamiento sistemático en nuestro país, con algunos aditivos realmente novedosos. Para ubicar su exposición más accesible puede ser aconsejable acudir a una obra anterior¹⁶; en ella se parte de la adopción de un concepto de culpabilidad en la forma en que lo han entendido los autores alemanes Günther y Kindhäuser, es decir, la idea de que el Estado pretende un restablecimiento de la negación de la validez de la norma, que tiene lugar a través de la expresión comunicativa del acto del sujeto que vulnera la norma penal en cuestión. Desde ahí deriva Mañalich una severa crítica al prevenciónismo, por pretender un proyecto de racionalidad puramente estratégico, es decir “que tiene un compromiso con un escepticismo moral en cuanto a la posibilidad de fundamentación de expectativas de conducta intersubjetivamente válidas”¹⁷; es decir, si el derecho entiende que las acciones de los sujetos gobernados por las normas se orientan solo a la *estrategia* y no al *entendimiento*, entonces no existe la posibilidad de reconocer un ámbito de intercambio que sirva, no solo para reconocer a los sujetos como autónomos (aquí es útil volver a la herencia kantiana en Kindhäuser) y vinculados al derecho, sino como sujetos capaces de comprensión y desarrollo moral. La ética del discurso llevada al derecho penal se desliga, a través de la importancia atribuida al elemento de la culpabilidad como el reproche necesario para ejercer la coacción punitiva sobre el sujeto, de cualquier teoría sobre fundamentación moral de la pena. En palabras de Mañalich: “El reproche de culpabilidad se dirige a la persona de derecho, en tanto destinatario obligado al seguimiento de la norma. Pero este reproche solo es legítimo bajo la condición de que la

¹⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. *La pena como retribución*. en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, N° 108, 2007, pp. 175-177.

¹⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y Ciudadanía*. en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 6, 2006, pp. 69 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, p. 72.

persona haya tenido la posibilidad de tomar parte, como ciudadano, en el procedimiento democrático en el cual se establece y se revisa la validez de la norma”¹⁸.

Esta exposición del papel que cumple la función expresiva de la pena encuentra aplicación concreta, cuando la ejecución de la pena legítima se hace problemática, como es el caso de la pena de muerte; la respuesta de la teoría que propugna Mañalich solo puede ser una sola, y es la que en *La Pena como retribución* se localiza en las palabras de Nozick, las que se utilizan para destacar el núcleo central de la interpretación pragmática y universal hecha antes de Kant y Murphy (por el propio Mañalich) concluyendo la inviabilidad moral de la pena de muerte por la ausencia de un reconocimiento moral genuino de las condiciones y aptitudes del reprochado. Lo que la función expresiva de la pena hace, como lo sugiere Nozick citado por Mañalich, es que describe un escenario donde “el autor del reproche *reconoce al destinatario* del reproche como alguien que, a su vez, es capaz de reconocer la conexión valorativa entre el comportamiento cuya realización es objeto del reproche y la respuesta punitiva en que se expresa este reproche”¹⁹.

Ahora bien, es menester comprender que el panorama descrito, si estudiado a fondo, resultará en una diversidad teórica abundante; en lo que sigue, debemos concentrarnos en los siguientes aspectos específicos: el principio de proporcionalidad en las penas, el cual ha sido reconocido como un mandato moral tan importante que debe ser elevado en las diversas legislaciones, a rango constitucional. Teniendo esa calidad, ha pasado a ser considerado un verdadero principio constitucional de aplicación de las penas, de modo tal que toda decisión judicial, en tanto supone aplicación del derecho, queda sujeta a este principio por vía del principio general de la vinculación de todo el derecho a los mandatos de la norma fundamental. Además, nos concentraremos en las teorías sobre fines de la pena y en conjunto con la proporcionalidad como exigencia moral, efectuaremos un análisis sistemático de diversas decisiones recientes del supremo tribunal norteamericano donde ha tenido que decidir, en un marco discrecional, sobre la procedencia de la pena de muerte en casos particulares.

2. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA. SENTENCIAS DE LA ‘SUPREME COURT’ SOBRE PENA DE MUERTE***

2.1. EL CASO ‘FURMAN’ Y LA VINCULACIÓN A LA OCTAVA ENMIENDA

La sociedad norteamericana es una sociedad compleja. Su diversidad es enorme y puede ser definida como altamente ‘heterogénea’. Por esta razón, puede resultar muy diverso el tratamiento que den las distintas legislaciones a la pena de muerte.

¹⁸ *Ibid.*, p.75.

¹⁹ MAÑALICH, Juan Pablo, *La pena como retribución*, *op.cit.* (n.15), p.177.

*** Nota sobre las referencias: Dado que el medio electrónico del cual provienen los textos de los fallos corresponde a la página web www.findlaw.com, y dado que dicho medio no utiliza el sistema de numeración de páginas, la modalidad de referencia al texto del fallo será la siguiente: Cuando ello sea posible, se hará referencia al número identificador del fallo. Asimismo, cuando el medio en cuestión así lo permita, se utilizarán los medios correspondientes a números romanos, seguidos de letras mayúsculas que dividen en secciones el contenido del texto del fallo. Cuando sea pertinente, se hará mención además, al número de párrafo en que se ubica la referencia. Cuando lo anterior no sea posible, se omitirán las referencias o bien, se buscará apoyo en la denotación de los sujetos a quienes pertenecen los diversos comentarios cuya exposición es el objeto del presente ensayo (N. de A.).

En general, se le asigna la mayor pena al delito de homicidio, requiriéndose la presencia de circunstancias agravantes. En otras legislaciones, se trata con severidad el delito de ‘traición’ (a la patria, a la seguridad del Estado), también es posible encontrar la máxima pena aplicada a delitos de espionaje, terrorismo, uso de armas de destrucción masiva y ciertas violaciones a las *Geneva Conventions*.

Es posible también encontrar en el Estado de Louisiana, por ejemplo, la violación agravada como objeto de la máxima sanción, secuestro con extorsión en Oklahoma, secuestro agravado en Georgia, tráfico de drogas resultando en la muerte de alguna persona en Connecticut, entre otros.

Adicionalmente, en materia de delitos militares encontramos delitos de ‘deserción’, ‘espionaje’ y ‘conductas de apoyo al enemigo en contra de la patria’.

Esta muestra de la diversidad de delitos que pueden ser sancionados, dentro de un marco de discrecionalidad entregada a los jueces o jurado, es una clara señal de la heterogeneidad que caracteriza al ordenamiento jurídico norteamericano. Sin embargo, en el presente ensayo nos interesa la discusión que la jurisprudencia ha tenido en los últimos treinta años, respecto de la legitimidad moral de la ejecución de la pena de muerte, a la luz de la moderna teoría del Estado de Derecho democrático.

Nuestra discusión en el presente ensayo, por lo tanto, se enmarca en un contexto que es en cierto sentido bien determinado. Nos referimos a la verdadera línea de tiempo que nos permite reconocer claramente un ‘antes’ y un ‘después’ en la historia de la aplicación de la pena de muerte, dada por la decisión en 1972 del célebre caso *Furman*, en donde se declaró por vez primera, a través de una manifestación de voluntad de un órgano judicial, la inconstitucionalidad de la pena de muerte a la luz de la Octava Enmienda de la Constitución norteamericana, que en su texto le asegura a los ciudadanos norteamericanos que ningún castigo excesivo será infligido como pena, bajo el título precisamente de “Castigos crueles e inusuales”. La decisión en *Furman* de subsumir la pena de muerte a los términos prohibitivos de la Octava Enmienda se constituyó en un precedente cuya vinculatoriedad en tanto mandato moral, resultaba innegable. Tanto es así, que es posible observar una verdadera abolición temporal de la pena de muerte como sanción legítima por parte del Estado (o bien, constitucionalmente aprobada), que va desde el año 1972 (decisión de *Furman*) hasta 1976 donde habría de reinstaurarse bajo el mandato de observancia de la Octava Enmienda en el caso *Gregg v. Georgia*, que será brevemente comentado en el siguiente apartado.

A continuación se hará un breve comentario a los argumentos más relevantes ventilados en la discusión de *Furman*, luego de haber revisado los hechos constitutivos del objeto de discusión en este caso.

En el caso *Furman*, la víctima despertó una noche y se encontró con que el imputado, William Henry Furman, había entrado a su domicilio con la intención de sustraer especies de valor. Aparentemente, al ser el imputado descubierto intentó escapar; y es aquí donde, al interior del juicio, surgieron versiones contradictorias provenientes del testimonio del mismo imputado. Según la primera versión, mientras escapaba, el imputado habría girado y ‘a ciegas’ disparado su arma sin comprobar donde había dado el proyectil. Un segundo testimonio alegaría que la bala se habría disparado accidentalmente producto de tropezar el imputado en su acto de escapar. De cualquier forma, el arma disparada causó la muerte de un residente del domicilio.

Furman fue sentenciado a muerte. En la discusión que tuvo lugar en la Suprema Corte, cuyos resultados ya conocemos, es de importancia notar que la decisión de los jueces (divididos cinco a cuatro la mayoría y la minoría) estuvo lejos de ser unánime; con esto, la mayoría no logró consolidar un único razonamiento a pesar de estar de acuerdo en que la Octava Enmienda prohibía la pena de muerte por considerarse esta un castigo ‘cruel e inusual’.

El juez Douglas, concurriendo al voto de mayoría, invoca la supremacía de la Decimocuarta Enmienda, resultando una suerte de principio de vinculación constitucional²⁰, concluyendo que la pretensión de coherencia del sistema jurídico, proclama la subsunción de cualquier norma individual contenida en el estatuto de un tribunal inferior que aplique la pena de muerte a la Octava Enmienda en concordancia con la Decimocuarta, y termina calificando todas estas normas como castigos ‘cruels e inusuales’. Sin embargo, más adelante redefine los términos de su argumentación, y es que en una sociedad tan heterogénea como es la norteamericana, el mandato de vinculación a principios morales pluralistas debe considerar la opinión pública como un determinante de la coherencia de esos principios. De esta forma, puede ocurrir que eventualmente la pena de muerte sea necesaria en ciertos casos particulares. De esta forma, la única manera de entender la pretensión normativa (en este asunto) del *Bill of rights* de 1689, es precisamente como el intento de prohibir irregulares y selectivamente determinadas aplicaciones de penas duras, y con ello, arbitrariedades en el sistema de distribución de justicia.

Este último punto constituirá el núcleo central de esta redefinida postura de argumentación; lo que llevará al alto magistrado a asociar la ‘crueldad’ de las penas con la arbitrariedad en su aplicación.

Este último punto será luego compartido por otros jueces, quienes proclamarán la necesidad de certeza jurídica como el principio de más alto valor para evitar una vulneración al bien jurídico más importante, la vida, que no puede ser quitado de forma arbitraria por una norma individual dictada por un Estado determinado según la Decimocuarta Enmienda. Según estos jueces, la manera en que estaba estructurado el sistema de procesos y garantías, violaba recurrentemente el principio de igualdad en la determinación y ejecución de las penas. En palabras del fiscal Ramsey Clark, citado por el juez: “Es el pobre, el enfermo, el ignorante y el odiado el que es ejecutado”

El caso *Furman* cambia la historia del derecho penal norteamericano e inicia un período donde no será posible sin resultar inconsistente en relación al precedente asentado por la Suprema Corte, aplicar la pena de muerte a un imputado por constituir este un castigo ‘cruel e inusual’ y por lo tanto prohibido por la Octava Enmienda.

2.2. LA REINSTITAURACIÓN DE LA PENA DE MUERTE Y EL NUEVO CONTEXTO. EL CASO GREGG V. GEORGIA

De esta forma, se instaura con la decisión de mayoría en *Furman* un verdadero mandato moral de reestructuración del esquema de argumentación y procedimiento cuan-

²⁰ La norma entre otros principios, reconoce el carácter de ciudadanos y por tanto de sujetos de derecho a los nacidos o ‘naturalizados’ en los Estados Unidos; prohíbe establecer diferencias y prohíbe a cualquier Estado el acto de privar a sus ciudadanos de los bienes vida, libertad o propiedad sin un debido proceso.

do de lo que se trata es de aplicar la máxima sanción de la que dispone un Estado de Derecho. Este mandato no se concretizará, sin embargo, hasta el año 1976 con la decisión del caso *Gregg v. Georgia*²¹ donde un sujeto fue condenado a pena de muerte por concertar el asesinato de su padre, madre y tío, con un tercero. La discusión en torno a la constitucionalidad de la medida en *Gregg* resulta importante por las siguientes razones: En primer lugar, supone la reinstauración de la pena de muerte en determinados cuerpos normativos estatutarios condicionada a la necesaria apelación a una supuesta 'reforma legislativa'; el argumento aquí era: 'las condiciones son *ahora* (1976) óptimas para aplicar la pena de muerte en los delitos *de homicidio*'.

Naturalmente, lo anterior no es sino la reafirmación del carácter vinculante que el mandato originario en *Furman* tuvo como efecto en las posteriores argumentaciones (desde el año 1976 cuando el debate se reinició) relativas a la fundamentación de la pena de muerte.

Lo anterior importa además porque, desde *Gregg* en lo relativo al delito de homicidio, se inicia un período de replanteamiento de los fundamentos admisibles para apoyar la aplicación de la pena de muerte cuando el delito en cuestión es distinto del homicidio, o donde existen ciertas circunstancias que alejan al delito de su normalidad. Así, son pioneros en esta discusión los casos *Coker v. Georgia*, en lo relativo al delito de violación de una mujer adulta; *Enmund v. Florida*, en lo relativo al delito de homicidio donde ha existido intencionalidad por parte del autor; *Atkins v. Virginia*, en lo relativo al delito de homicidio cometido por un sujeto afectado por un retardo mental; *Roper v. Simmons*, en lo relativo al delito de homicidio cometido por un menor de edad; y *Kennedy v. Louisiana*, en lo relativo al delito de violación de un menor de edad, entre otros.

En segundo y tercer lugar, *Gregg* es relevante por su similitud con *Furman*, en lo relativo a las objeciones extrajurídicas que con frecuencia se formularon para hacer alusión a los problemas de justificación moral que suponía la existencia de la pena de muerte como sanción admisible en un Estado de Derecho, en casos donde, por ejemplo, pueden existir falencias en el sistema procesal penal que flagelen la verdad material que está llamado el juez a buscar (de forma análoga a *Furman*, la discusión en aquella instancia se refirió a la estructuración del proceso penal, que permitía darle peso a construcciones argumentativas sustentadas en criterios de discriminación racial, y en general en fuentes extrajurídicas).

Teniendo presente el trasfondo histórico descrito más arriba, procederemos a continuación a analizar el contenido de los fallos de la Suprema Corte en lo que son los casos más relevantes relativos a la discusión sobre la procedencia de la pena de muerte donde el hecho en discusión no resulta en un homicidio (*Coker v. Georgia*), o donde se alega que un hecho resultante en un homicidio queda en manos de un actor cuya culpabilidad se encuentra trastocada por ciertas circunstancias relativas a su capacidad para comprender su entorno y sus acciones (*Atkins v. Virginia*), o bien, donde existe un homicidio evidentemente premeditado pero donde el actor es menor de edad (*Roper v. Simmons*).

Cuando así tenga lugar en las argumentaciones, se harán sucesivas referencias al ya analizado caso *Furman*. Especialmente en *Coker*, tendrá importancia el mencionado (aunque no analizado en concreto) caso *Gregg*. Lo mismo ocurrirá con *Enmund v. Florida*.

²¹ 428 US 153 (1976)

El análisis del caso *Kennedy v. Louisiana* resulta interesante porque en su composición incluye referencias especiales (y muy relevantes) a todos los casos mencionados, lo que nos entrega un marco jurisprudencial abundante en ese sentido, permitiéndonos contextualizarnos en el estado actual del debate en torno a la procedencia de la pena de muerte en atención a criterios de proporcionalidad.

2.3. COKER V. GEORGIA

Ya conocemos el contexto en que se ubica este caso dentro de lo que entendemos como el proceso de ‘reinstauración’ de la discusión en lo relativo a la procedencia de la pena de muerte, que encuentra un momento clave el año 1976 en torno al caso *Gregg v. Georgia*.

De esta forma, hasta el año 1977, donde se decide el caso aquí en análisis, se cuenta como precedente desde el caso *Furman*, básicamente los casos *Woodson v. North Carolina*²², *Roberts v. Louisiana*²³ y obviamente *Gregg*.

Los hechos de *Coker* revisten las siguientes características, las cuales habremos de retener con el propósito de comprender el contexto jurisprudencial que encontrará manifiesta importancia más tarde en *Kennedy*; esto porque estamos tratando con un hecho cuya figura delictual es la de la violación (como delito contra la autodeterminación sexual, como aquí habríamos de entenderlo).

El imputado (Elrich Coker), cumpliendo condenas por homicidio, violación, secuestro y asalto agravado, escapa de la prisión y entra al domicilio de Allen y Elnita Carver; en el acto viola a una de ellas y roba el vehículo familiar.

En virtud de las características del hecho, la gravedad con que se emplean los medios comisivos, y teniendo en consideración las circunstancias agravantes dadas por la existencia de anteriores condenas, Coker es sentenciado con pena de muerte.

El año 1977 la Suprema Corte discute la constitucionalidad de la aplicación de dicha sanción penal. Los jueces White, Stewart, Blackmun y Stevens concurren al voto de mayoría que propugna la inconstitucionalidad de la medida, alegando una “evidente desproporcionalidad” en lo que respecta a la sanción, en consideración con las circunstancias fácticas que constituyen el objeto de discusión.

Se puede decir que el núcleo central de la argumentación que sostienen los jueces mencionados, se encuentra una vez que asientan las bases del precedente que habrán de tener en consideración (que incluyen los ya mencionados casos *Furman*, *Woodson*, *Roberts* y naturalmente *Gregg*) y llegan, apoyándose en la opinión de la mayoría en *Gregg*, a la definición de ‘desproporcionalidad’, en lo que podríamos decir, constituye la más célebre referencia jurisprudencial al principio de proporcionalidad en las penas y con ello una de las más importantes interpretaciones del mandato contenido en la Octava Enmienda.

Esta concepción de la proporcionalidad contiene dos puntos claramente diferenciables (puesto que son separados por la misma Corte al argumentar), el primer punto define un castigo como ‘excesivo’ cuando “no hace ninguna contribución apreciable a los fines preventivos aceptables de la pena, más allá de la innecesaria imposición de dolor y sufri-

²² 428 US 280 (1976)

²³ 370 US 660 (1962)

miento”. El segundo punto se limita a hacer alusión a la “evidente desproporcionalidad en atención a la severidad del delito”²⁴.

Teniendo presente este precedente contenido en *Gregg* y la necesidad de aplicar los criterios allí emplazados con pretensiones de universalidad y objetividad, la Corte procede a presentar sus propias consideraciones en contra de la aplicación de la pena de muerte.

En primer lugar, los jueces echan mano al contexto histórico que nosotros ya conocemos. Nos referimos a la supresión de la pena de muerte seguida de *Furman*, y la estricta observancia de los Estados que la reinstauran con el paso del tiempo.

El punto central, en relación a la influencia de *Gregg* y teniendo en cuenta la debida observancia del mandato implícito de *Furman*, es el siguiente: según los jueces que aquí argumentan, si es posible observar que el reforzamiento de la necesidad de argumentar (entregar las mejores razones para convencer al interlocutor) al momento de formular una aserción a favor de la aplicación de la pena de muerte es la respuesta normativa ante el caso *Furman* (es decir, el cumplimiento del mandato normativo/moral originario en *Furman*), entonces debería ser un dato importante el hecho de que, en el proceso de reinstauración de la pena de muerte en los distintos Estados en el período post- *Furman*, aquellos Estados que no autorizaban previamente la pena de muerte para delitos de violación, no lo hicieron (no se incluyó como *capital felony* el delito de violación) en el período post- *Furman*. Esto, se argumenta, es una clara muestra del estado de la opinión pública (y, podríamos agregar, del llamado ‘consenso nacional’), en lo relativo a los delitos de violación y su gravedad, en el período post-*Furman*.

Ahora bien, en estricta observancia de los hechos que constituyen el objeto de discusión, los jueces reconocen la evidente ‘seriedad y gravedad envuelta en el crimen de violación’²⁵. Sin embargo, estiman que tratándose de este delito y cuando la víctima es una mujer adulta (calificación [valorativa] que, como veremos, será central en *Kennedy*, para reconocer el grado de vinculación que el mandato de *Coker* tendrá respecto de ese caso), debe ser admitida la subsunción del hecho a la descripción antes expuesta de lo que significa un castigo ‘desproporcionado’ a la luz de la Octava Enmienda. Como ya se puede advertir de una primera aproximación a los hechos por parte de la Corte, es posible concluir que está en principio tratando con la porción del concepto que atiende a la ‘severidad’ del daño causado con el hecho, sin hacerse cargo (en principio) del argumento sobre los fines de la pena.

Volviendo al punto, la Corte pone de manifiesto una relación de ‘desproporcionalidad’ en atención las características del delito de violación pues ‘aunque pueda estar este acompañado de otros hechos delictuales, por definición la violación excluye la muerte de la víctima’²⁶. Para la Corte por lo tanto, la violación de una mujer adulta no se compara con el homicidio; de esta forma, no es la violación de una mujer adulta merecedora de la sanción más severa que el derecho contempla, siguiendo en esto, como ya decíamos, el mandato de *Gregg* en concordancia con el contexto preestablecido por *Furman* (podríamos decir, insistiendo en este punto, que se trata de un ‘mandato de segundo orden’).

²⁴ *Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977) II- párrafo segundo.

²⁵ *Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977) IV- párrafo segundo.

²⁶ *Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977) IV- párrafos tercero y ss.

Es posible reconocer al menos tres aspectos a los que acude la Corte para asentar la idea de la diferenciación del delito de violación, respecto del homicidio dada la menor gravedad del primero:

a- El grado de 'perversión moral' envuelto en el delito de violación es menor que aquel del delito de homicidio. En efecto, atendiendo a la intención del sujeto, se requiere una valoración nula de la importancia de la vida humana para cometer homicidio. Los motivos en el delito de violación pueden o no estar orientados a trastocar los rasgos más distintivos de la pureza de la naturaleza humana.

b- El daño que se causa a la víctima en el delito de violación es menor.

c- El daño que se causa al público en general, en el delito de violación, es menor.

Ahora bien, si nos aproximamos más de cerca a los hechos constitutivos de delito en este caso, notaremos que sus rasgos distintivos denotan la presencia de circunstancias agravantes, las cuales, en virtud de la normativa vigente en el estado de Georgia, al constatarse, le entregan un espacio de acción discrecional a los jueces o jurado, que le(s) permitiría aplicar la pena de muerte, aun cuando se tratase de una violación (y no de un homicidio)²⁷.

El punto de las agravantes es de extrema relevancia pues puede con toda seguridad afirmarse que constituyen, en tanto elementos integrantes de las circunstancias fácticas del caso, el revestimiento que hace de este caso, uno tan discutido. Podría hablarse de una suerte de elevación de 'estatus institucional', en razón de la circunstancia normativa recién mencionada. Por esta razón, mayor debe ser la fuerza vinculante de los argumentos contrarios a la ejecución de la pena de muerte, cuando existe una vinculación favorable a su aplicación, dada por la normativa vigente en el Estado en cuestión (Georgia), la cual, no sin un objetivo determinado, ha dispuesto la necesidad de observar la presencia de circunstancias agravantes con el eventual objeto de ejecutar la pena de muerte tratándose de un delito distinto del homicidio.

Por lo dicho, puede resultar poco frondosa (o menos de lo que se hubiera esperado), la argumentación de los jueces concurrentes al voto mayoritario en este punto. Al respecto, comienzan declarando que, en ningún sentido, afecta la conclusión de su posición (contraria a la aplicación de la pena de muerte) la presencia de circunstancias agravantes, puesto que más fuerte, les parece a los jueces, la observancia de la calidad del hecho, que de cualquier manera constituye un delito 'distinto de homicidio', sin importar la presencia o no, de circunstancias agravantes; el resultado del delito no resulta fácticamente en la muerte de la víctima.

Otra cuestión relevante es el hecho de encontrarse el autor cometiendo el delito de 'robo armado' (*armed robbery*), estableciéndose una relación de tipo concursal con el delito de violación. Esto importa pues el delito de robo armado en virtud de la normativa vigente en Georgia puede ser castigado con pena de muerte. La respuesta de los jueces a este punto es simple, apelan al sistema 'bifurcado' de determinación de penas en atención a delitos existiendo entre ellos relaciones concursales. En este caso particular, el jurado solicitó pena de muerte para el delito de violación considerando la presencia de agravantes determinadas (las condenas que ya se encontraba el imputado cumpliendo y los delitos que cometió en

²⁷ *Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977) IV- párrafo cuarto.

una relación concursal con aquel que se estimó como el más grave, la violación), recibiendo una sentencia distinta por el primer delito (*life sentence*, presidio perpetuo).

Por último, la Corte expone un argumento de comparación y consistencia, y razona, que bajo la normativa vigente en Georgia, solo se puede castigar con la muerte a un homicida que deliberadamente busca la muerte de su víctima, y solo cuando se prueba la presencia de ciertas circunstancias agravantes. De esta forma se concluye: ‘resulta dificultoso aceptar que se sancione con una pena más grave a quien no ha buscado deliberadamente la muerte de la víctima, cuando tal situación resultaría asimilable al homicidio no deliberado de un sujeto, que recibiría, por tanto, una pena menor’.

Respecto al voto disidente de los jueces Burger y Rehnquist, los siguientes constituyen los puntos más importantes de su argumentación.

En primer lugar, cabe destacar que la visión de los jueces resulta concordante con el principio general del derecho de la vinculación y supremacía constitucional. En efecto, la presentación de los jueces disidentes, en sus propias palabras, ‘no se refiere a entregar sus motivos respecto de la postura favorable o desfavorable a la aplicación de la pena de muerte en este caso particular, sino determinar *si existen las condiciones necesarias, dadas por la coherencia del sistema jurídico, vinculado en toda su normativa a las normas constitucionales*, en orden a aplicar o no, la pena de muerte en este caso particular’.

El juez Burger primeramente, se manifiesta a favor del principio de proporcionalidad en virtud del cual no debe aplicarse la pena de muerte a ‘delitos menores’, y acepta que este mandato deriva del contenido de la Octava Enmienda. Sin embargo, funda su postura disidente en un desacuerdo en torno a la posibilidad de subsunción del caso particular a la norma constitucional. En efecto, para este juez, ‘la violación *no constituye un delito menor*’.

Atendiendo a la calidad de ‘peligrosidad’ del sujeto, la opinión disidente interpreta el mandato prohibitivo que el voto mayoritario pretende hacer prevalecer, como una prohibición dirigida al Estado de Georgia que se traduce en la imposibilidad de asegurar a sus ciudadanos que no sufrirán nuevos eventuales ataques provenientes del ‘violador habitual’ encarnado en la persona del imputado. Apoya esta cruda afirmación en el hecho de hallarse el imputado cumpliendo condenas (que incluían delitos de violación) al momento de cometer el delito, lo que demuestra una clara falencia en la estructura del sistema penitenciario y con ello de los fines de prevención especial de la pena, presentes al momento de la condena y durante el proceso de ejecución²⁸.

El primer ataque que el juez disidente dirige al razonamiento antes expuesto, dice relación con la falta de atención que el voto mayoritario le dirige a las agravantes (y a esto hacíamos alusión más arriba, cuando estimábamos mucho menos frondosa de lo que se hubiera esperado la argumentación en este punto). De esta forma, la opinión vuelve nuevamente a las consideraciones en torno a la calidad del sujeto y la ineficacia del sistema sancionatorio. Así, como apuntábamos, reconoce esta opinión dos fórmulas agravatorias, dadas por la condena anterior en razón de otros hechos cometidos con caracteres de delito similares a los que son objeto de reproche en este caso particular, y además, hace referencia a las especialmente brutales características del delito de violación que es aquí objeto de discusión.

²⁸ *Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977) opinion jueces BURGER y REHNQUIST (1).

En palabras del juez disidente, este caso revela un ‘violador crónico’, cuya conducta y severo daño causado a sus víctimas no puede seriamente quedar protegido por la norma constitucional de la Octava Enmienda. Es decir, el mandato moral/constitucional de la Octava está lejos de alcanzar a este caso dadas sus características.

Resulta extremadamente relevante este punto, por cuanto elabora aquí el voto disidente, un criterio de proporcionalidad que deja fuera del rango de protección de la Octava Enmienda, la conducta de un violador, basándose en la situación particular de la reincidencia, y en el severo daño que causa la acción en la víctima. Se apela por tanto, a la relación del delincuente con la sociedad (víctimas potenciales), y con la víctima en particular. La totalidad del daño sumado, tendiente en mayor medida hacia la consideración de la ‘calidad peligrosa’ del sujeto, mantiene una relación de proporcionalidad directa con la sanción irrevocable de la muerte. La ineficacia de purgar de la sociedad la fuente de peligro que constituye el sujeto se torna en la tendencia más fuerte de la argumentación, lo que queda aún más en evidencia al tratar con el término utilizado por el juez disidente, al referirse al imputado como un sujeto cuya ‘propensión a llevar una conducta causante de peligro para la vida’ está ampliamente demostrada y evidenciada como *su* forma de vida.

2.4. ATKINS V. VIRGINIA

El caso *Atkins* nos lleva a un plano argumentativo distinto donde las consideraciones en torno al problema de la fundamentación de la pena a la luz de criterios de proporcionalidad encontrará un núcleo argumentativo no ya en las características (en tanto circunstancias fácticas) que constituyen el objeto de la discusión; esto porque el argumento recurrente del ‘consenso nacional’ en torno a la improcedencia de la pena de muerte para delitos que no suponen la muerte de la víctima, no tiene cabida, pues estamos hablando de delitos de homicidio. Este plano argumentativo, donde encontraremos relaciones principalmente entre los casos *Atkins*, *Enmund* (que es anterior al primero), y *Roper*, traslada la problemática desde la calificación valorativo-normativa de las circunstancias fácticas que constituyen los hechos objeto de discusión, a la calidad especial del hechor como circunstancia relevante para excluir (o admitir) la aplicación de la pena de muerte cuando el hecho termina en la muerte de la víctima. Estas características especiales pueden importar de plano la falta de motivación en torno al homicidio mismo (*Enmund*), o bien la falta de madurez (como criterio valorativo o bien normativo, y en esto se asimila al razonamiento en *Coker* respecto a la ‘adulterez’ de la víctima) del autor del hecho, en contraste con la fría calculación de los medios necesarios para consumar el atentado contra la vida (*Roper*).

En particular el caso *Atkins*, abre el dilema sobre la culpabilidad disminuida de un sujeto con un cierto retardo mental, y si puede constituir esta consideración el criterio central, que excluya absolutamente la aplicación de la pena de muerte.

Los hechos que constituyen el objeto de discusión en este caso son los siguientes:

El año 1996, en la medianoche del día 16 de agosto, los sujetos *Atkins* y *William Jones*, secuestraron a la víctima *Eric Nesbitt*, robaron su dinero y lo llevaron a un cajero automático para que les proporcionara a los autores del delito más dinero, luego lo lleva-

ron a otro lugar donde, a pesar de las peticiones de misericordia por parte de la víctima, le dispararon ocho veces, provocando su muerte.

Durante la instancia probatoria, el análisis de un psicólogo forense reveló que el imputado, Atkins, sufría de un ‘leve retardo mental’²⁹.

La opinión jurisprudencial contraria a la procedencia de la pena de muerte en este caso, acude al recurrido argumento que apela a un supuesto ‘consenso nacional’³⁰, en torno a la evidente función demarcatoria que en este caso cumple la circunstancia de tratarse de un ejecutor mentalmente impedido. La opinión mayoritaria utiliza esta circunstancia para apelar a una ‘culpabilidad disminuida’, considerando la existencia de una suerte de ‘consenso en la comunidad’ que le aporta un elevado estatus a la convicción de que a quienes no tienen la capacidad para comprender los mandatos de una norma de igual forma que otros³¹ no puede exigírseles el mismo grado de observancia a la norma como sí se puede exigir esta a otros. De esta forma, según esta opinión, es posible encontrar en la jurisprudencia relativa al problema de la pena de muerte dos razones consistentes con este ‘mandato de diferenciación de culpabilidad’³², que excluiría a los retardados mentales de forma categórica como merecedores de una sanción penal de muerte. Al parecer, estas dos razones se vinculan con lo que en *Gregg* se dio en identificar como *finis de la pena de muerte*: la retribución, y la prevención (*deterrence*). Respecto a la retribución, esta opinión interpreta un argumento ventilado en *Gregg* que vinculaba la culpabilidad al merecimiento de la pena. De esta manera, la culpabilidad se constituye en algo más que simplemente el ‘mecanismo procedimental’ para determinar la admisibilidad de la sanción penal de muerte y se constituye como el criterio determinante del *quantum* de la pena. Para la opinión mayoritaria, la evidencia empírica de lo expuesto, se encuentra en el efecto restrictivo post-*Gregg*, reservándose la pena de muerte a los casos más serios, donde la seriedad deviene en dependiente del *quantum* de la culpabilidad. Hacen alusión al caso *Godfrey v. Georgia*³³ donde los mismos jueces que aquí componen la opinión mayoritaria propugnan la necesidad de verificar una intención altamente maligna y consciente del daño a causar, que resulte *mayor* que la mera intención verificable en cualquier homicida. Siguiendo esta línea, se argumenta aquí que, si se exige un mayor grado de intencionalidad dañina para aplicar la sanción más severa de la que dispone el Estado, una intencionalidad cuya capacidad de verificación en torno a fines sea en sí misma defectuosa, y que por tanto se coloca *por debajo* de la intencionalidad ‘normal’, con mayor razón queda excluida de esta figura sancionatoria.

Respecto al prevencionismo, los jueces parecen sujetar sus fines a la observancia de premeditación y deliberación en los móviles subjetivos del autor cuando se trata del delito de homicidio. Se hace referencia en este punto, al razonamiento análogo que tuvo lugar en el caso

²⁹ *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) definición de ‘retardo mental’ en nota al pie 3 (Footnote 3).

³⁰ *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) IV - párrafos primero y segundo.

³¹ Aún siendo los primeros, destinatarios de la norma. Así, podríamos afirmar, siguiendo la terminología de Kindhäuser, que carecen de la llamada ‘autonomía privada’ (capacidad para autodeterminarse en conformidad a un ordenamiento normativo), pero mantienen su ‘autonomía pública’ pues se los reconoce como agentes morales, y rige respecto de ellos el mandato de proporcionalidad que aporta la norma constitucional de la Octava Enmienda. Véase KINDHÄUSER, *op. cit.* pp. 42-56.

³² *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) IV- párrafo tercero.

³³ *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) IV - párrafo cuarto.

Enmund v. Florida del año 1982³⁴, donde en una decisión –de cinco a cuatro– se determinó que un criterio de proporcionalidad vinculado a la exigencia de corroboración de culpabilidad material, excluía al imputado, Earl Enmund, como merecedor de la sanción más severa, puesto que en los hechos de este caso, la participación de Enmund le entregaba la calidad de cómplice que, en nuestro derecho, supone un sujeto que, sin ejecutar la conducta material, aporta los medios necesarios para que esta se lleve a cabo estando concertado para ello. La conducta típica en este caso corresponde a un robo con homicidio. Sin embargo, las pruebas demostraron que no existía comunicabilidad para con Enmund (quien conducía el vehículo en que los autores directos habrían de escapar una vez consumado el robo en el domicilio de las víctimas) respecto del dolo de homicidio, por lo que el criterio de culpabilidad³⁵ actuaría aquí como limitante respecto del grado de reproche como determinante, a su vez, del *quantum* de la pena.

Volviendo a *Atkins*, la relación con *Enmund* permite concluir que los fines preventivistas de la pena carecerían de sentido instrumentalizando al retardado mental, pues por un lado, el homicida ‘racional y calculador’ no se observaría a sí mismo como objeto de la norma que hace recaer en el retardado la responsabilidad por el hecho punible; por lo mismo, excluir al retardado de la sanción penal de muerte produciría también nulos efectos en el homicida racional y calculador. Respecto al resto de los ciudadanos con retardo mental, debe concluirse que en todos ellos la verificación de su ‘relativa incapacidad’ para autodeterminarse conforme a la norma por no poder comprenderla, nos llevará a la misma conclusión. Respecto de *ellos* los efectos de la pena como contramotivo lingüísticamente mediado, son nulos, precisamente por ser los destinatarios incapaces de participar en la comprensión del mensaje (la incapacidad se relacionará directamente con el grado de retardo mental o impedimento). En este punto, parecen contrastar y contraponerse los fines retribucionista y revencionista de la pena, de un modo que no favorece del todo al fin preventivista. Este punto será discutido a continuación a propósito del voto disidente.

Respecto del voto disidente, destacamos en primer lugar la opinión del juez Rehnquist, quien también discordara en *Coker*, acompañado por Scalia y Thomas.

Estos jueces se preocupan de un tema central, la apelación a un supuesto ‘consenso nacional’ (o acuerdo comunitario, como lo hemos llamado), a que echa mano la opinión mayoritaria. Sobre esto argumentan que es inconcebible apoyarse en la normativa internacional (i.e. contenida en las legislaciones de otros países, fuera de Estados Unidos) [como así lo hacen los jueces en el voto mayoritario aunque a ello no se aludió en nuestra exposición más arriba] para robustecer la apelación a un supuesto ‘consenso nacional’ que se manifieste en contra de la aplicación de la pena de muerte cuando se trate de retardados mentales. Esto se sigue de los términos literales de la Octava Enmienda en concordancia con la Decimo-cuarta Enmienda, la cual, como sabemos, hace alusión a los *ciudadanos americanos* al referirse a los sujetos de derecho que serán objeto de protección constitucional.

³⁴ *Enmund v. Florida*, 458 US 782 (1982).

³⁵ En nuestra doctrina penal se discute si la intención del autor debe ubicarse en el espectro de la culpabilidad o bien, debe entenderse que forma parte del tipo como un elemento subjetivo del mismo en contraposición al elemento objetivo que correspondería a la descripción de la conducta que se entiende que configura el delito. La opinión mayoritaria entiende que la intención del autor corresponde a la construcción teórica de la culpabilidad. De ahí su vinculación con el reproche moral/jurídico que se supone, se contiene en la atribución de culpabilidad. Sobre esto CURY, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II. 2ª Edición- Santiago: Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 22.

Además de la apelación a normas que rigen lejos del territorio norteamericano, alegan los disidentes la recurrencia a encuestas y opiniones provenientes de profesionales y religiosos en torno al asunto de la enfermedad mental. Esto, se argumenta (y a modo de conclusión en torno a este tópico central), no puede ser confiable y no puede resultar en ningún indicio para robustecer la apelación a un supuesto ‘consenso nacional’ que se manifieste en contra de la aplicación de la pena de muerte a retardados mentales.

Los jueces Scalia y Thomas entregan una opinión propia que es ligeramente distinta a la de Rehnquist, solo porque en esta ocasión, los jueces se centran en el asunto que es objeto de discusión en este caso y que, podríamos decir, lo particulariza y distingue del resto de los casos discutidos (tanto así que los jueces llegan a afirmar que este caso ‘no encuentra precedente ni puede apoyarse en la historia de la Octava Enmienda’). No obstante, los asuntos en discusión siguen siendo el ‘consenso nacional’ (pero esta vez atendiendo al objeto del consenso, es decir, la supuesta culpabilidad disminuida del autor en atención a su discapacidad mental) y el grado de retardo mental del autor del hecho.

Sobre lo primero, insistente es el alegato de los jueces, pretendiendo demostrar que la derivación de un ‘consenso nacional’ no puede ser sino “milagrosa” o fruto de la invención de los propios jueces; esto porque (apelando a las pretensiones de la Corte en su totalidad de validar intersistémicamente sus afirmaciones con pretensiones de coherencia) de los 38 Estados que a la fecha mantenían la pena de muerte en su escala de penas, solo 18, es decir, menos de la mitad de ellos (47%), recientemente a la época de la discusión del caso, habían prohibido su ejecución sobre retardados mentales. Con esto, se contrarresta la pretensión de los jueces de la mayoría, de obviar el reducido número de Estados que han seguido tal interpretación del mandato moral contenido en la Octava Enmienda, y hacer caso en vez, a la ‘consistencia’ con que se efectúa el cambio hacia la dirección correcta (abolición de la pena de muerte para retardados mentales). En efecto, si 14 años antes a la decisión de *Atkins*, todos los Estados en sus propias normativas, permitían aplicar la pena de muerte a retardados mentales, *solo a través de un cambio consistente en la realidad se podría demostrar una tendencia hacia el consenso cuya existencia la opinión de mayoría pretende demostrar; ese cambio consistente solo puede estar dado por un aumento significativo de los Estados que excluyan la aplicación de la pena de muerte a retardados mentales*, y ello está lejos de ser el caso, como demostraran los disidentes.

Respecto del segundo tópico en discusión –la evidencia del retardo mental, la culpabilidad material disminuida producto de aquello y la ineficacia de los fines de prevención como resultado último– la crítica se dirige a la postura de los jueces de la mayoría en torno a la ‘relativa incapacidad’ a la que antes hacíamos alusión. Tomando el razonamiento que utilizan los jueces para concluir los efectos nulos de la prevención general, los disidentes llegan a un resultado diverso, en torno a dos cuestiones: la primera, que sería posible afirmar, siguiendo el razonamiento que afirma la incapacidad de los retardados de participar de la mediación lingüística donde se contiene la expresión del reproche que importa la *vigencia de la norma penal*, que los retardados son más propensos (que sus conciudadanos normales) a cometer asesinatos. La segunda cuestión, ataca directamente el carácter ‘relativo’ de la incapacidad de comprensión de que sufren los retardados, y es que la opinión mayoritaria nunca insiste en que los retardados sean *absolutamente incapaces* de

comprender la interacción lingüísticamente mediada que constituye la pena como amenaza y como sanción concreta que reconoce la agencia del autor³⁶. Si esto es así, entonces lo que tenemos es simplemente una reafirmación de los efectos preventivos generales. En efecto, la norma penal que prohíbe el homicidio es comprendida (suponemos) por la mayoría de los ciudadanos ‘normales’, sin que esto suponga la absoluta represión de los delitos de homicidio, sino solo un margen de ellos. Las causas que subyacen a la existencia del margen de ineficacia pueden o no ser conocidas por nosotros, pero allí es precisamente donde radica el problema de distinguir casos normales de situaciones como estas (donde se cuestionan los fines preventivos de la pena en alusión a un *margen* de imposibilidad fáctica de autodeterminación agencial en torno a fines en conformidad a la norma).

2.5. ROPER V. SIMMONS

Este caso será analizado mayormente en concordancia con el mandato que se origina en *Atkins*, respecto de la culpabilidad disminuida que privilegia a quienes no tienen la capacidad para autodeterminarse en conformidad a la norma penal (autonomía privada desde la concepción de la culpabilidad material). Teniendo en consideración que el mandato que se origina en *Atkins* parece sostenerse mayormente sobre un criterio valorativo de demarcación del objeto de discusión y subsunción de la norma penal. Así, como lo comentábamos a propósito de la calificación de ‘mujer adulta’ hecha en *Coker* para referirse –en este caso– a la víctima; en los casos que ahora nos convocan –*Atkins* y *Roper*– la alusión es al autor del delito –de homicidio– subsistiendo la distinción que observábamos en *Coker* entre un criterio enteramente normativo de demarcación del objeto de discusión y subsunción, de uno valorativo que se elevaba al estatus de criterio central y se constituía en una verdadera norma (moral) vinculante para el tribunal posterior que quisiera argumentar en los mismos términos que el precedente.

Dicho lo anterior, en este caso particular, los criterios normativos satisfacen la exclusión del sujeto como merecedor de la máxima sanción. Sin embargo, la culpabilidad material como concepto parece dar cabida a diversas formas de criterios valorativos que entreguen una mejor respuesta al problema del reproche y merecimiento, en el contexto de una teoría de la retribución en base a criterios de proporcionalidad. Hará mucho sentido en lo sucesivo la distinción entre criterios normativos y valorativos en lo que respecta al esclarecimiento de la efectiva capacidad del sujeto en concreto, para autodeterminarse agencialmente en conformidad a la norma penal.

Los hechos del caso son los siguientes: en el año 1993, con solo 17 años de edad, el imputado, Christopher Simmons, concertó junto a otros dos amigos (de 15 y 16 años), entrar al domicilio de la víctima, Shirley Crook, reconociéndola el joven tras un accidente automovilístico que los habría involucrado a ambos anteriormente. En el momento en que la víctima se percató de la presencia de los intrusos, el imputado se presenta la posibilidad de cometer el delito de homicidio. Precipitándose a concretar su resolución, en apoyo de sus acompañantes, proceden a cubrir los ojos y la boca de la víctima con cinta adhesiva,

³⁶ Naturalmente, en estos casos el sujeto ni siquiera puede reconocer su propia agencia.

luego proceden a colocarla en su vehículo y la conducen hasta un parque, donde le cubren la cabeza con una toalla y la conducen hasta el borde de un río. Después de atarle sus pies y manos y cubrirla aún más, deciden lanzarla desde el puente hacia el río.

En lo que aquí nos interesa (la vinculación con *Atkins*), el voto de mayoría parece observar, de forma análoga a lo que ocurre en *Atkins*, la presencia de un ‘consenso nacional’ en contra de la aplicación de la pena de muerte a sujetos que no poseen la capacidad, atendidas a sus facultades, para autodeterminarse con completa satisfacción, en conformidad a la norma. Los jueces observan en este punto, la evidencia post-*Penry*³⁷ [predecesor de *Atkins*] de donde se origina un mandato dirigido a los Estados que al parecer es satisfecho, por cuanto solo cinco Estados en ese período habían efectivamente ejecutado a sujetos condenados a pena de muerte. En lo que se refiere al período post-*Atkins* es posible observar el mismo fenómeno, por cuanto luego de ser decidido este caso, 30 Estados prohibieron la pena de muerte a retardados mentales. Observan los jueces, siguiendo esta línea comparativa, que en el presente caso (imputados juveniles), considerando los 20 Estados donde existe normativa vigente que permite sancionar a los menores de 18 años con pena de muerte, la ejecución de la medida es infrecuente.

La conclusión de lo dicho es que, dadas las siguientes circunstancias fácticas en tanto prácticas concretas:

a- Rechazo en la mayoría de las normas estatutarias hacia sanciones penales de muerte a jóvenes.

b- Infrecuencia en su ejecución concreta donde aún se mantiene en ‘la letra de la ley’.

c- La consistencia de la disposición generalizada ‘hacia’ su abolición donde está vigente; es posible concluir que los jóvenes comparten con los retardados un lugar en el ‘consenso nacional’ que los califica como *categoricamente menos culpables* que el ‘delincuente promedio’ (*average criminal*).

En segundo lugar, como parte de un sustento material a la argumentación nuclear, los jueces aportan lo que son tres diferencias entre un actor que hemos de considerar “un juvenil” y por lo tanto privilegiado con la categórica ‘culpabilidad disminuida’, y un “adulto” que por tanto, no se vería privilegiado con este calificativo. Las diferencias son las siguientes:

a- Los jóvenes se caracterizan por su falta de sentido de responsabilidad y madurez poco desarrollada.

b- Los jóvenes son más susceptibles de ser influenciados de forma negativa.

c- Por último, el ‘carácter’ de un joven no está lo suficientemente formado como el de un adulto, como para hacerle frente, por ejemplo, a las influencias negativas del entorno.

Sobre esto cabe preguntarse si se trata de criterios diferenciadores valorativos o normativos. La cuestión nos interesaba particularmente en *Coker* (respecto de la ‘mujer adulta’) y ya adelantábamos entonces la incidencia que tal distinción habría de tener en el caso aquí analizado.

Respecto del voto disidente, en lo que aquí nos interesa (la relación con *Atkins*), el juez disidente O’Connor no está de acuerdo en apoyar la evidencia del ‘consenso nacional’ en orden a asimilar *Atkins* a este caso, con miras a calificar ambos (juveniles y retardados)

³⁷ *Penry v. Lynaugh* 492 US 302 (1989).

como sujetos privilegiados por un criterio de culpabilidad disminuida. Naturalmente, esta conclusión se sigue de demarcar el caso particular y excluir la situación del joven Roper, del ámbito de la culpabilidad disminuida en tanto privilegio. La forma en que el juez realiza esta demarcación excluyente es a través de los cuestionamientos a las pruebas presentadas por los jueces de la mayoría en apoyo de la conclusión relativa a la ‘inmadurez’ del juvenil y consecuente ‘incapacidad relativa’ para autodeterminarse conforme a la norma. Pero no solo la opinión disidente cuestiona la falibilidad de las conclusiones obtenidas de las tres afirmaciones más arriba descritas, sino también se critica la conclusión *en sí misma*; y es que para la opinión disidente el criterio demarcatorio que se genera mantiene pretensiones de universalidad que resultan peligrosos en la práctica, por cuanto es posible reconocer en la realidad delincuentes juveniles que resultan muy maduros y aptos para comprender el mandato de las normas penales. De este modo, nos parece que el juez O’ Connor pretende transformar un criterio universal en uno de aplicación ‘caso-a-caso’, lo que incorporaría un ejercicio argumentativo intenso, que en ciertos casos resultaría favorable al imputado, y en otros no.

La aplicación de la demarcación del objeto de discusión descrita, a la relación del caso con *Atkins*, deviene en la consideración de una cierta diferencia apreciable –para efectos de realizar un análisis de proporcionalidad– entre el caso de un retardado y de un juvenil.

Se dice sobre esto que lo que *Atkins* hace es precisamente entregar un criterio que define a un retardado mental como aquel sujeto cuyas capacidades de comprensión y expresión de comportamiento, se encuentran *debajo de un mínimo objetivo*. Esta incapacidad por lo tanto, para el juez O’ Connor (y en discordancia nos parece, con las conclusiones de los jueces tanto mayoritarios como disidentes, según comentábamos más arriba) en el caso de los retardados, debe ser ‘absoluta’ y objetivamente verificable; diferenciándose claramente su situación, de aquel juvenil que se encuentra cronológicamente por debajo de un mínimo (establecido normativamente en los 18 años), y que por lo tanto solo supone la existencia de un criterio ‘variable’ y no ‘absoluto’ como es el caso de los retardados mentales. Aquí el criterio absoluto deviene en uno de aplicación ‘caso-a-caso’, resultando en este caso en particular, considerando el factor de la premeditación, desfavorable al imputado en tanto se convierte en sujeto de reproche y merecedor (según esta opinión) de la máxima sanción penal.

2.6. KENNEDY V. LOUISIANA

Este se trata de un caso importante, no solo por su contemporaneidad, sino también por la síntesis que significa. En efecto, representa un intento de sistematización por parte de los jueces, quienes, en su argumentación, invocan no solo las similitudes y diferencias de este caso con *Coker* sino también se efectúa una suerte de resumen y conclusión del estado de la jurisprudencia en torno a la pena de muerte hasta la fecha.

Es interesante notar además, la importancia que aún mantiene el mandato moral originario en *Furman* y hecho explícito más tarde en *Gregg*, que tuviera lugar hace más de treinta años, vinculando aún en la actualidad a la jurisprudencia que se encuentra una vez más en desacuerdo sobre los fundamentos del derecho penal en torno a la aplicación concreta de la pena de muerte.

Antes de hacer una descripción de los hechos en tanto circunstancias fácticas que constituyen el objeto de discusión en este caso, debemos recordar que se trata de un caso cuya deliberación tiene lugar en abril del año 2008, y es decidido finalmente en junio del mismo año (nos referimos a la instancia superior, donde como sabemos, la Suprema Corte se pronuncia respecto de la constitucionalidad de la decisión del tribunal inferior en orden a aplicar la pena de muerte). Los hechos que constituyen las circunstancias fácticas de lo discutido tienen lugar el 2 de marzo de 1998.

La descripción que se hace en juicio de los hechos acaecidos en esa fecha es la siguiente, considerando las versiones tanto del acusado como aquellas constatadas posteriormente por gestiones periciales y por el propio testimonio de la víctima.

Se dice del acusado que este llamó al 911 para dar aviso del hecho de haber sido su hijastra (*stepdaughter*) violada por un joven que conducía una bicicleta azul; el hecho habría supuestamente ocurrido mientras el acusado llevaba a su hijo al colegio. Según su testimonio, el sujeto habría encontrado a la niña (de iniciales L.H.) en el patio, luego de buscarla tras escuchar sus gritos. Luego de arribar la policía al domicilio encontró manchas de sangre en el suelo, lo que era consistente con la explicación del padrastro, según el cual este habría arrastrado a la niña, mientras sangraba, desde el patio hasta la bañera y luego a la habitación. La niña fue encontrada sangrando profusamente envuelta en una manta manchada con sangre, recostada en su cama. Luego, el informe médico hecho a la niña en el centro médico infantil al que fue llevada, reveló severas lesiones producto de la violación; en palabras del pediatra: “las lesiones más severas que hubiera visto producto de un atentado sexual en 4 años de ejercicio de la profesión”³⁸. La víctima más tarde habría de entregar un testimonio al psicólogo que era concordante con la versión de los hechos entregada por el imputado; sin embargo, nuevos peritajes revelaron situaciones fácticas inconsistentes con la descripción de los hechos. La más importante de ellas, la localización de la bicicleta azul descrita por el imputado donde se la calificaba como aquella que conducía el supuesto autor del hecho, cuyo estado (se encontraba en un pastizal, llena de telas de araña) revelaba su evidente falta de uso en largo tiempo. De estos y otros hechos constatados, nace la iniciativa de acusar al padrastro de la víctima e imputarle el delito de violación agravada de un menor de edad.

Muy similar a los términos que usa nuestro código (me refiero al Código Penal chileno) define el órgano jurisdiccional (que aquí entenderíamos como de ‘primera instancia’) en apoyo de la normativa vigente, la conducta delictual en que habría incurrido el imputado (y la sanción correspondiente) de la siguiente forma:

[Se comete violación agravada cuando]...“la accesión anal o vaginal tiene lugar sin el consentimiento de la víctima *porque* se comete bajo alguna de las siguientes circunstancias:

(4) [Cuando la] víctima es menor de 12 años. La falta de conocimiento de la edad de la víctima³⁹, no podrá ser usada como defensa.

Quien cometiere el delito de violación agravada será castigado con...

³⁸ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) I – párrafo tercero. [las lesiones descritas incluyen una laceración a la pared izquierda de la vagina de la víctima, producto de la cual se generó una separación de la parte trasera de la vagina con la cadera, ocasionándole daños en el recto]

³⁹ Entendemos esto como un alegato de ‘error’ por parte del imputado, en virtud del cual desconoce las circunstancias fácticas que satisfacen el tipo.

(1) Sin embargo, si la víctima fuera menor de 12 años...

(a) [Y] el fiscal lo solicitare... el ofensor podrá ser castigado con muerte...⁴⁰.

En razón de estas consideraciones, el organismo jurisdiccional determinó que este se trataba de un caso de violación agravada y se tuvo en consideración no solo la edad de la víctima sino (a nuestro parecer) en cierto sentido la gravedad misma del hecho (la brutalidad de la violación, las severas lesiones que se produjeron, el abuso de la posición del padrastro, entre otras).

El juicio comenzó en agosto de 2003 (nos referimos a la instancia inferior); y luego de escuchar los testimonios de S.L. (otra menor que habría también sido víctima de violación por parte del mismo ofensor) y de L.H. (la víctima), esta vez revelando ciertos datos antes desconocidos y desvirtuando sus propias manifestaciones anteriores (por ejemplo, 'la insistencia de que el imputado *no era* el autor del delito') por el hecho de haber sido estas motivadas por amenazas del propio imputado, decide el tribunal sancionar a Patrick Kennedy con la pena de muerte.

Desde ahora, siempre en análisis la argumentación de la Suprema Corte, debemos decir que este tribunal observó un evidente apoyo en *Coker* por parte del tribunal inferior a la hora de delimitar el objeto de discusión en este caso. La razón de ello es que, como sabemos, con *Coker* se asentó la idea de un "consenso nacional" en torno a la prohibición moral de aplicación de penas de muerte a casos de violación. Sin embargo, la Corte observará que apoyarse en *Coker* en estas circunstancias no tiene sino el efecto de permitir una delimitación y demarcación del problema moral que aquí se presenta, caracterizado evidentemente por la seriedad y brutalidad del crimen, atendiendo como ya se hizo notar, a la edad de la víctima, características de las lesiones y el abuso de la posición del padrastro.

Por lo dicho, debemos observar cuidadosamente y en mayor detalle, las similitudes y diferencias existentes entre *Kennedy* y *Coker*, en relación a las circunstancias fácticas que constituyen el objeto de discusión.

Pero antes de ello, haremos referencia al marco jurisprudencial preexistente compuesto por los fallos anteriores relativos a la materia señalados por la propia Corte en orden a delimitar el espacio argumentativo en el que habrá de moverse, siempre teniendo en cuenta que de *Coker* se deriva un mandato moral ineludible: 'la prohibición de sancionar con pena de muerte delitos de violación'. El voto de mayoría se preocupará de delimitar el espectro argumentativo señalando que las circunstancias fácticas del presente caso reafirman la vinculatoriedad de aquel mandato moral, aun cuando las circunstancias fácticas que revisten este caso de violación, sean distintas a las observadas en *Coker*.

Pues bien, en relación a los fallos anteriores sobre la materia, naturalmente la Corte traza un camino que comienza en *Furman*, cuya importancia como precedente hacíamos notar al inicio de este trabajo. La Corte hace notar que, luego de que *Furman* 'invalidara' la procedencia de sanciones de pena de muerte para delitos de violación (en general para *non-homicide crimes*), es posible observar un total de tres Estados que reinstauran la pena de muerte para todo tipo de violaciones (Louisiana entre ellos, junto con North Carolina y naturalmente, Georgia). Luego de una nueva invalidación, Louisiana la reintrodujo en

⁴⁰ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) I – párrafo undécimo.

1995 para el caso de ‘violación de un menor’ (*child*), de esta forma, bajo este último estatuto: “Toda accesión anal, vaginal o bucal con un menor de 13 años, constituye violación agravada y puede sancionarse con pena de muerte”.

Apuntando a la legislación, se alega que en 1994 el Congreso habría promulgado un *Federal Death Penalty Act* expandiendo el número de delitos en los cuales es admisible aplicar pena de muerte, incluyendo delitos ajenos al homicidio, pero aún así restringiendo la procedencia tratándose de violaciones de un menor de edad o abusos⁴¹.

Se alega que en el Estado de Georgia, es procedente la pena de muerte tratándose de violaciones agravadas. Sin embargo, por contraste, la situación sería la opuesta al menos en 44 Estados; sin perjuicio de la norma del Congreso de 1994.

Ahora bien, reconoce la Corte, una importante dificultad en realizar una comparación entre los casos antes analizados en este artículo. La cuestión de si es posible concebir la posibilidad de un mandato moral originario que resulte en la aplicación de la pena de muerte al caso de violación de un menor en atención a la “mayor protección que la calidad del menor demanda”⁴² se vería, en este caso, sustentada por las distinciones posibles dada la presencia de elementos relevantes localizables en *Atkins* o *Roper*, y ocurre que, a diferencia de estos casos, en *Kennedy* no existen circunstancias en relación a los motivos y características del hechor, que tiendan a mitigar su ‘culpabilidad moral’. Si se comparan los elementos relevantes que nos permiten acercarnos a la cuestión de la culpabilidad como reproche moral o jurídico (cuestión que se analizará más adelante), es posible concluir que solo las circunstancias fácticas en tanto objeto de discusión permiten demarcar un eventual mandato moral originario en *Kennedy*, y no así un mandato moral *derivativo* proveniente de *Coker*, en circunstancias tales que, la diferencia con *Coker* estriba en la calidad del sujeto-víctima; situación que extiende sus efectos como elemento considerativo al grado de culpabilidad del hechor (así, se diferencia un ‘*child rapist*’ de un mero *raeper*) y a los fines de prevención (*deterrence*)(como veremos más adelante).

De esta manera, los puntos más importantes en relación a la demarcación del mandato moral presente en este caso, en virtud de su relación con *Coker*, y planteados por la Corte, son los siguientes:

En primer lugar, lo que podríamos decir constituye el núcleo central de la necesaria distinción que la Corte nos llama a tener en cuenta en lo que respecta a la relación entre *Coker* y *Kennedy*, se refiere al tratamiento que se ha hecho de las conclusiones sacadas de las circunstancias de hecho que constituyen *Coker*, y respecto a estas se alega la ‘imposibilidad de extenderlas demasiado’ a casos donde, fácticamente ello no es posible⁴³. El primer punto por tanto, que queremos hacer notar, nos devuelve a la calificación hecha por la jurisprudencia de la posición de la víctima, y es que, como sabemos, los jueces Brennan y Marshall concurrieron a la siguiente argumentación: ‘aunque una mujer de 16 años es considerada una menor bajo la normativa vigente en Georgia, califica para la Corte como adulta. Luego, la violación de una mujer adulta bajo la normativa vigente en Georgia, no mantiene una relación de proporcionalidad con la sanción de pena de muerte que respecto

⁴¹ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) III – A – párrafo sexto

⁴² *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) párrafo introductorio

⁴³ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) III – B - párrafos primero y segundo

del hecho se considera excesiva y prohibida por tanto, por la Octava Enmienda'. La cuestión interesante radica en los motivos que informaron a la Corte, en su necesidad de ampliar el espectro restrictivo dado por la Octava Enmienda, a todos los delitos *non-homicide* o al menos, a los delitos de violación en todas sus formas. Ahora bien, en opinión de la Corte en *Kennedy*, nunca se explican las razones por las cuales la Corte en *Coker*, estima necesario calificar a la víctima como una 'mujer adulta'. Probablemente, razonan, puede haber tenido alguna significancia el hecho que la víctima al momento de la perpetración del hecho estuviere casada, viviere en una casa propia, y hubiere dado a luz a un infante tres semanas antes del hecho. Naturalmente, estas consideraciones no son del tipo 'normativo', sino más bien constituyen criterios 'valorativos' que pretenden satisfacer un marco normativo dado por la Octava Enmienda. De esta forma, claramente la intención de la Corte era sentar un criterio moral que deviniera en un mandato moral *originario* que luego fuera aplicable a todos los casos que revistieran las mismas características (violación de una mujer adulta) a través de la consideración de criterios valorativos (las circunstancias que nos permiten calificar a la víctima como 'adulta'). La aplicación de este criterio en *Kennedy*, debe por tanto, hacerse cargo de la vinculación al mandato moral asentado, sin pretender fundar un criterio demarcatorio en una supuesta vinculatoriedad normativa rígida dada por la Octava Enmienda pues, como sabemos, ello es imposible.

¿Cuál es la conclusión de lo dicho? En palabras de la Corte: el uso de los términos 'mujer adulta' al menos ocho veces en *Coker*, no es meramente retórico; claramente la Corte pretende delimitar la cuestión de la constitucionalidad de la aplicación de la pena de muerte a casos de violaciones de mujeres adultas, y deja abierta la misma pregunta (sobre la constitucionalidad) a los casos (graves) de violaciones a menores de edad. Esto último, creemos, conforma la conclusión racional de la Corte en *Kennedy*, y obviamente no es una discusión necesaria en *Coker*, ya que situándonos en su contexto, *Coker* se enfrenta al mandato que deriva de *Gregg v. Georgia*, y por lo tanto el mandato originario en *Coker* se traduce únicamente en delimitar el espectro normativo de la Octava Enmienda respecto de delitos de violación [y en general delitos *non-homicide*].

Como ya lo observáramos en el debate que se produce en *Coker* en torno a las opiniones contrarias respecto a cuál es el papel que debía cumplir la Corte respondiendo al mandato originario que en ese momento estaba teniendo lugar, es posible contrastar la interpretación que postula un mandato genérico que prohíbe la pena de muerte para todo delito de violación (o todo delito no resultante en la muerte de la víctima), con aquella que postula simplemente la prohibición de la pena de muerte en delitos de violación a una mujer adulta, dejando abierta la misma pregunta para violaciones de menores de edad (considerados más graves). Naturalmente, en *Kennedy*, el voto disidente entiende que el mandato que se origina en *Coker* corresponde a este último.

A favor de aplicar la pena de muerte, es posible reconocer los siguientes argumentos, y siguiendo la tradicional forma de argumentación de la Suprema Corte, podemos reconocer argumentos que apelan a la coherencia jurisprudencial intersistémica, al marco jurisprudencial preexistente, argumentos de fondo y de forma. La opinión pertenece al juez Kennedy:

Como primera cuestión, la opinión mayoritaria reconoce la necesidad de una fundamentación moral sofisticada que subyace a la pregunta por la procedencia de la sanción

penal de muerte cuando los hechos que motivan la cuestión no resultan en la muerte de la víctima (esta es una de las posibles aproximaciones a la calificación de *non-homicide* que se puede hacer respecto de un delito). Atendiendo a un criterio de *quantum* del daño causado a la víctima, esta opinión concuerda con el voto mayoritario de *Coker* en lo que respecta al grave daño que le produce a la víctima el hecho de la violación ‘en lo que respecta a su calidad de vida’ y, podríamos decir, posición respecto de la vida, posibilidades de vivir una vida saludable y en general, consecuencias psicosociales derivadas del daño a nivel psicológico que el hecho de la violación importa a la víctima en tanto persona con necesidades de desarrollo ulterior internos como intersubjetivos. Al igual que en *Coker*, sin embargo, el daño a la víctima no puede posicionarse en un plano de similitud con las consecuencias que se derivan de un hecho que le causa la muerte (situación que importa en la violación, donde la víctima no pierde la vida). Esto es, la interrupción y destrucción de aquellas capacidades y proyectos que son condiciones constitutivas de lo que es ‘ser persona’, es un daño que no puede compararse a su mera flagelación⁴⁴.

Esta distinción material entre el homicidio y otros delitos tendrá incidencia en el posterior argumento de la opinión mayoritaria relativa a los fines retributivos de la pena, considerando naturalmente, que no honra a los fines de retribución la pena de muerte cuando el ofensor no ha provocado *ese mismo* daño en su víctima⁴⁵.

Una segunda cuestión, naturalmente dependiente de lo anterior (la cual podríamos decir, constituye el núcleo central de la opinión mayoritaria contraria a la aplicación de la pena de muerte), dice relación con lo dificultoso que resulta en la práctica llevar a cabo el más importante mandato de la función adjudicadora, cual es, reconocer el caso particular como objeto de regulación por parte de la norma general. Una primera aproximación a la necesidad de subsunción se encontraría en la apelación a los caracteres generales de la norma en cuestión, interpretándola en conformidad a los mandatos de consistencia y coherencia del derecho en general. Una interpretación integral del derecho nos permitiría de esta manera –y aplicando tal construcción a este caso en particular– determinar de forma concreta *quien* ha de recibir la sanción más severa del sistema penal. Esto último concuerda con el mandato contenido en el caso *California v. Brown*⁴⁶, que es en sí mismo, derivado del mandato general contenido en el ya mencionado *Gregg*. Naturalmente estamos haciendo alusión a los términos universales de *Furman*, que han sido debidamente receptados en el ya mencionado *Godfrey v. Georgia* donde se exigió al Estado que imponía la pena de muerte definir claramente cuáles eran las circunstancias agravantes que motivaban la decisión⁴⁷. Una segunda aproximación, de utilidad y beneficios algo más dudosos, dice relación con la debida atención que puede darse en ciertas circunstancias a las calidades del sujeto. Este último mandato deriva del ya mencionado caso *Woodson*⁴⁸; también en *Lockett v. Ohio*⁴⁹.

Siguiendo una línea argumentativa que demanda urgentemente la elaboración de un principio unificador que delimite los casos en los que se habrá de considerar legítimo

⁴⁴ Véase MAÑALICH, Juan Pablo, *La Pena como retribución*, (n. 15) pp. 174 y ss.

⁴⁵ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) Voto de mayoría – IV – B – párrafo tercero.

⁴⁶ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) IV – A – párrafo quinto

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Woodson* 428 US (voto de mayoría).

⁴⁹ *Lockett v. Ohio* 438 US 586 (1978) (Voto de mayoría).

desde el punto de vista de la constitucionalidad la ejecución de una pena de muerte, la opinión de la mayoría destaca enfáticamente que es necesario delimitar lo que es objeto de discusión en lo que respecta a las formas delictuales que el derecho contempla, y las penas asignadas a los diversos delitos. Sobre esto, la opinión mayoritaria enérgicamente señala que los argumentos entregados en contra de la efectiva ejecución de la pena de muerte se limitan a delitos en contra de personas individuales, esto es, no están aquí en debate delitos de terrorismo, tráfico de drogas y otros similares del carácter de interés público. Por lo tanto, en lo que respecta a los crímenes contra personas individuales, el mandato moral que se intenta instaurar es el de prohibir la efectiva aplicación de la pena de muerte para delitos distintos del homicidio (o mejor, delitos donde la acción no resulta finalmente en la muerte de la víctima). Se invoca en este punto uno de los razonamientos centrales en *Enmund*. Considerando que la participación del autor se limita simplemente al robo, como ya lo comentábamos más arriba, no puede decirse que la muerte sea una sanción proporcional al daño causado por el robo, aun cuando las circunstancias lo hayan revestido de una gravedad particular. Creemos que este punto debe matizarse con el análogo en *Coker*, recordando la distinción hecha más arriba entre las circunstancias agravantes circundantes a la calidad del sujeto y su historial de criminalidad, y por otro lado, aquellas que es posible apreciar dada la particular severidad del daño causado en el acto mismo que constituye el delito por el que se juzga en concreto. Creemos que lo último resulta de extrema relevancia para el caso aquí en análisis. Nos remitimos a la descripción de los hechos y la cuantificación de su gravedad para dilucidar las conclusiones de la asimilación.

La conclusión de lo anterior es la siguiente: según la opinión mayoritaria, el trato que el jurado (y los jueces) debe (n) darle a la presencia de agravantes debe ser muy cuidadoso, y es que no puede nunca omitirse el principio general de proporcionalidad retributiva que prohíbe sancionar con la muerte a quien [a pesar de la presencia de agravantes] no ha causado la muerte de la víctima. Lo importante de esto es que, en primer lugar, la vigencia de este mandato se limita a los delitos *non-homicide* (no rige para delitos de homicidio, donde sí tiene cabida la observancia y ponderación de circunstancias agravantes; lo que resulta interesante a la luz del argumento disidente en *Roper* que antes comentábamos, relativo al carácter premeditado del acto del perpetrador). Y en segundo lugar, la atención a circunstancias agravantes deberá tener lugar, de cualquier modo, compatibilizando su presencia con la de circunstancias atenuantes, esto es, que mitigan el grado de responsabilidad del actor.

Respecto a los fines de la pena, ya hacíamos alusión a los fines de retribución, en relación con la distinción entre el daño causado en un homicidio, del daño causado en una violación. Para los jueces sin embargo, la cuestión también pasa por preguntarse si cumple la pena de muerte el mandato *de equiparar la distribución del daño causado en orden a volver a un estado de cosas de igualdad*, cuáles deberían ser –entienden los jueces– los fines de la retribución. Alegan en este punto que no es posible probar de forma seria que la muerte del victimario aporte en gran medida a la satisfacción por parte de la víctima en lo que respecta a la equiparación de la distribución del daño.

Por último, respecto del fin prevencionista, los jueces nos llaman a ser cautelosos y atender a los riesgos que importa la incorporación de testimonios de infantes, dada su

imprecisión y en general, atendiendo a la facilidad con que los menores de edad pueden ser inducidos a relatar ciertos hechos cuya veracidad queda siempre puesta en duda. Dentro del mismo tópic, la Corte razona de modo muy similar a como lo hace en *Coker* y acepta que, atender a fines preventivistas concretos, puede resultar en desincentivos específicos respecto de los autores de delitos de violación a menores de edad, para efectos de dejar a su víctima con vida. Nos remitimos en este punto a lo apuntado por el voto de mayoría en *Coker*, en lo relativo al problema de la diferenciación entre un homicida que deliberadamente se propone cometer el delito, y el violador que no pretende quitarle la vida a su víctima, y el problema que se suscita cuando existe la posibilidad de sentar un precedente favorable a la pena de muerte en el segundo caso y no siempre en el primero.

Los principales argumentos de la opinión contraria, favorable a aplicar la pena de muerte a casos de violación de un menor de edad, corresponden al juez Alito. Lo siguen los ya conocidos jueces Scalia y Thomas:

La primera arista en la argumentación de los disidentes naturalmente hace hincapié en la mayor o menor vinculación que supone la conclusión de *Coker* para efectos de decidir el presente caso. Se pone el acento en que *Coker* constituye un claro precedente, mas *no obliga* a la Corte a seguir su razonamiento en el presente caso.

Se hace alusión al razonamiento de los mencionados jueces Marshall y Brennan en *Coker*, quienes extienden sus conclusiones (abolición de la pena de muerte) a todos los casos que no sean homicidio.

Lo que preocupa en este punto a los disidentes es que una comprensión tal de *Coker* lleve a las legislaciones estatutarias a adoptar tales conclusiones y entonces abolir de facto la pena de muerte para los delitos de violación en todas sus formas. Por esta razón consideran conveniente poner el acento en la opinión del juez Powell quien, si bien concurre a la opinión mayoritaria, formula la reserva en razón de distinguir la gravedad de los casos de violación respecto de los cuales ‘existe solo una delgada línea que los separa de algunos casos de homicidio en cuanto a la severidad del daño causado a la víctima y al público en general’.

De esta forma, lo que se tiene es una interpretación *restrictiva* del mandato moral originario en *Coker*; el cual, según los disidentes, ha sido puesto a prueba y adoptado en procesos post-*Coker* y ha pasado la prueba; así, se ha entendido que la decisión en *Coker* *no excluye la efectiva ejecución de la pena de muerte para los delitos de violación de un menor de edad*, claramente diferenciables del delito de violación de un adulto.

Entregan los disidentes evidencia de numerosos estados que durante treinta años (desde *Coker* hasta la presente fecha) han seguido la misma interpretación restrictiva.

El punto central del razonamiento de los disidentes hasta este punto cala en lo profundo de la doctrina del *Stare decisis* (precedente), y es que en opinión de estos jueces, siempre ha sido un problema vincular a los legisladores estatutarios a las normas jurisprudenciales producidas en casos de relevancia constitucional. Los casos que se analizan a este respecto son dos: *Atkins*, en relación a su precedente *Penry v. Lynaugh* (caso ocurrido trece años antes que *Atkins*, en un contexto donde se permitía sancionar con pena de muerte a retardados, a la luz de la Octava Enmienda); y *Roper* (en relación con su precedente *Stanford v. Kentucky*)⁵⁰.

⁵⁰ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) (Voto de minoría) I – C.

Siempre en la línea de privilegiar la ‘independencia judicial’ a la hora de argumentar y tomar posiciones (y ser cuidadoso con el manejo de precedentes), los disidentes continúan contrarrestando lo que en referencia a la opinión de la mayoría llamábamos ‘la necesidad de equiparar las condiciones desiguales en que quedaban víctima y victimario producto del daño causado al primero’. Sobre esto, alegan los disidentes que, simplemente, ‘no es pertinente, en atención a lo que aquí está en discusión’⁵¹. Aquellos problemas (la situación de la víctima) pasan por un filtro anterior, cual es, la promulgación de la norma estatutaria por parte del legislador, y habrá de resolverse en aquella instancia; por lo tanto, un cuestionamiento formulado en esos términos no se está preocupando de lo que aquí es central, a saber, la vinculación del mandato constitucional de la Octava Enmienda que prohíbe castigos ‘cruels e inusuales’.

En tercer lugar, se jactan los disidentes de haber despojado a los jueces contrarios de los fundamentos de sus más fuertes argumentaciones. La pregunta que se hacen ahora es: ¿Qué es lo que queda por considerar? Resumen su crítica a la opinión mayoritaria en lo que es posible reconocer como dos alegatos diferenciables, uno de forma, otro de fondo. El primero dice relación con la conclusión a la que debemos llegar respecto a los efectos que tiene una u otra interpretación del mandato en concreto contenido en la Octava Enmienda. Según la opinión de la mayoría, dicha norma constitucional debe ser interpretada cuidadosamente de tal forma que no ‘expanda’ el marco de aplicación de la pena de muerte. En opinión de los disidentes, una interpretación que concluya que la Octava Enmienda prohíbe o permite aplicar en concreto una pena de muerte a un caso particular no está ni ‘expandiendo’ ni ‘limitando’ sus efectos. Esto porque la única forma de comprender esta ‘expansión’ o ‘limitación’ es afirmando que el mandato jurídico que se origina tras una determinada interpretación vincula a las normas estatutarias –y en este punto podríamos estar todos de acuerdo–.

Considerando aquello, lo que se puede concluir es que la aserción de los disidentes se enmarca dentro de lo que podríamos llamar una ‘interpretación amplia’ del mandato general del principio de la supremacía y vinculación constitucional, al presuponer en la existencia de las normas estatutarias una conformidad con el contenido normativo de la Constitución. Solo de esta forma el entendimiento ‘no excesivamente vinculante’ de las normas individuales que surgen en decisiones judiciales resulta consistente. Los problemas en el ámbito de la teoría del derecho que estas conclusiones importan sin embargo, no es materia de este ensayo.

Por último, el alegato final –de fondo– apunta a la supuesta distinción del grado de *reprochabilidad moral* que es posible efectuar entre delitos de homicidio y de violación (en general). Antes de tratar de llenar el problema, que solo es abordable desde la perspectiva (y valoración) del *quantum* del daño causado en una y otra forma de delito, los jueces delimitan previamente el caso en relación a su marco jurisprudencial preexistente y son enfáticos en señalar que *este caso no mantiene ninguna forma de similitud con Atkins, Roper o Enmund*, donde la discusión gira en torno al ‘disminuido grado de culpabilidad’ que privilegia al autor, como ya lo analizáramos más arriba.

⁵¹ *Kennedy v. Louisiana*, 554 US __ (2008) (Voto de minoría) II – B.

Naturalmente, al valorar el daño causado, los jueces siguen aquí el razonamiento disidente en *Coker* y enérgicamente reiteran el carácter severo del daño causado en el delito de violación, lo que ha de satisfacer en este caso particular, el requerimiento de proporcionalidad en lo relativo al *quantum* de *reprochabilidad moral* necesarias en términos del retribucionismo moral. Naturalmente estamos haciendo alusión a la gravedad que es posible observar en el acto mismo que constituye el delito, y no en las características propias del sujeto, lo que diferencia en este punto el análisis propio de *Coker*, donde ya notamos que, aparentemente, la tarea resultaba más sencilla a los disidentes, en términos del retribucionismo moral (e incluso, y quizás en mayor medida, del prevenciónismo).

Del análisis aquí desplegado podemos notar ya una clara referencia en cada caso a los distintos fines del derecho penal (preventivos o retributivos), con ocasión de la exigencia moral de fundar una argumentación de apoyo o rechazo a la aplicación de la pena de muerte, basándose en un criterio universal de proporcionalidad.

Sobre la proporcionalidad, y siguiendo fines propedéutico-descriptivos más que valorativos, el autor Richard Frase⁵² asume la tarea de elaborar una taxonomía u ordenación de las distintas formas que puede asumir el criterio de proporcionalidad cuando se incorpora a la argumentación relativa al fundamento moral de la pena de muerte.

En el ámbito de la proporcionalidad contenida en criterios retributivos, Frase reconoce dos clases de principios rectores de la argumentación. Lo que podríamos llamar aquí una ‘proporcionalidad definitiva’ (que enclaustra los marcos penales atendiendo a un criterio de proporcionalidad cuya pretensión es limitar el marco de ‘definición’ de la sanción penal merecida de la forma más precisa posible, y no se preocupa en demasía en el grado de especificidad necesaria a la hora de determinar ‘quien’ ha de recibir la sanción), y por otro lado, una ‘proporcionalidad limitante’, el cual se traduce en una mayor ampliación de las herramientas penales admisibles, pero una vez que ha sido determinado el ‘quién’ y el ‘cuánto’.

En el ámbito del prevenciónismo, Frase distingue una proporcionalidad ‘de fines’ de otra que podemos llamar ‘de medios’. La primera también se reduce a una asociación con la doctrina general del utilitarismo de ‘costos y beneficios’ (una suerte de Análisis Económico del Derecho Penal). La segunda habla a favor del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, que impone en teoría al Estado la obligación de verificar medidas menos severas para corregir la conducta del merecedor de castigo en orden a satisfacer los intereses de la comunidad toda.

Teniendo en cuenta esta novedosa distinción, observamos que, por ejemplo, en *Atkins* cuando se alude al razonamiento que a su vez, proviene de *Gregg*, donde se asienta el mandato de observar una proporcionalidad entre el grado del reproche y el grado de la culpabilidad, parece estarse aludiendo a lo que Frase llamaría una ‘proporcionalidad limitante’, por cuanto existe interés en establecer un mecanismo procedimental en orden a definir el ‘objeto del reproche’ sin perjuicio de entrar a definir más tarde, los criterios en virtud de los cuales se habrá de favorecer una u otra sanción de las cuales están disponibles

⁵² FRASE, Richard. “Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: “Proportionality” Relative to What?”, en 89, *Minnesota. Law. Review*, 2004-2005. pp. 588-602.

para elegir. Todo esto, una vez, claro está, que admitimos en la culpabilidad un contenido moral de reproche, o bien, aceptando su carácter meramente procedimental, le asignamos tal carácter a la pena como expresión de un reproche a través de una forma lingüísticamente mediada⁵³.

Respecto al prevenicionismo en *Atkins*, si aceptamos que los jueces parecen sujetar sus fines a la observancia de premeditación y deliberación en los móviles subjetivos del autor cuando se trata del delito de homicidio y logran con ello (en el voto de mayoría) excluir la sanción penal como una sanción “aceptable” cuando no se satisface esta, en tanto exigencia procedimental, claramente tienden en su razonamiento a la llamada ‘proporcionalidad de fines’ en tanto se establecen marcos procedimentales caracterizados por la existencia de ciertas exigencias que se imponen al Estado para echar mano a las máximas sanciones de las que dispone. De no satisfacerse estas exigencias, deberán graduarse los medios disponibles bajando en primer lugar al más severo ubicado a continuación de la pena de muerte. Nótese como en este punto (y como es de esperarse) la argumentación a favor de un proporcionalismo-prevenicionista de fines contrasta de modo difuso con el proporcionalismo de medios por cuanto bien se podría alegar, que el argumento expuesto en *Atkins* simplemente nos invita a considerar la existencia de otras posibles medidas a las que puede ser sujeto el imputado que no supongan la ejecución de una pena de muerte, o bien de una sanción penal del todo.

En *Kennedy* nos encontramos con la utilización de un criterio de proporcionalidad que pretende cuestionar la admisibilidad del enfoque prevenicionista cuando se asocian fines prevenicionistas distintos para distintos tipos de delitos. Así, la Corte razona de modo muy similar a como lo hace en *Coker* y acepta que, atender a fines prevenicionistas concretos puede resultar en desincentivos específicos respecto de los autores de delitos de violación a menores de edad, para efectos de dejar a su víctima con vida. El punto en *Coker* radicaba en la búsqueda de una solución al problema de la diferenciación entre un homicida que deliberadamente se propone cometer el delito, y el violador que no pretende quitarle la vida a su víctima, y el problema que se suscita cuando existe la posibilidad de sentar un precedente favorable a la pena de muerte en el segundo caso y no siempre en el primero.

Todo lo dicho nos enfrenta a una especie de categoría intermedia entre el proporcionalismo de fines y de medios por cuanto nos entrega un criterio objetivo de comparación que refleja el estado concreto de cosas en que se asume la capacidad del Estado de incurrir en ciertos costos con el fin de evitar ciertos delitos. El criterio de proporcionalidad actúa por tanto, sobre la base de un sistema coherente de asignación de costos y utilización de recursos por parte del Estado, en atención al criterio objetivo del estado actual de cosas.

Sin embargo, no es sino en *Coker* donde los principios expuestos por Frase encuentran su máxima expresión. Aunque estamos aludiendo al caso mencionado, en realidad nos referimos al establecimiento de un criterio (definición) de proporcionalidad, que en realidad proviene de *Gregg*, y que es invocado, como sabemos, en *Coker*, a fin de ser utilizado.

Como recordamos, la definición [negativa] de [des]proporcionalidad se descompone en 2 aproximaciones. La primera define un castigo como ‘excesivo’ cuando “no hace ninguna contribución apreciable a los fines preventivos aceptables de la pena, más allá de

⁵³ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid, España: Trotta, 1998, pp. 31-40.

la innecesaria imposición de dolor y sufrimiento”. La segunda se limita a hacer alusión a la “evidente desproporcionalidad en atención a la severidad del delito”.

Según Frase, la segunda aproximación podría contener tanto el criterio retributivo de proporcionalidad ‘limitante’ como el prevencionismo de fines. Sin embargo, considerando *Atkins* parece existir una tendencia más marcada hacia la primera opción.

La primera aproximación resulta igualmente ambigua, podría estarse refiriendo (como lo hemos hecho notar en este artículo) simplemente al criterio racional mínimo para efectos de echar mano a medidas sancionatorias por parte del Estado. Siguiendo esta línea, podría decirse de la segunda aproximación que lo que hace es incorporar un proporcionalismo prevencionista de medios. De esta manera, lo que tenemos es que la pena de muerte resulta excesiva si, en comparación con la más severa medida que le sigue (presidio perpetuo sin beneficios) la primera no aporta ningún beneficio de prevención concreto mayor.

Estas diversas interpretaciones dan cuenta de la ambigüedad que resulta y la dificultad que se aprecia en la tarea de reconocer criterios de proporcionalidad, en relación a los fines de la pena, subyacentes a cada uno de los diversos argumentos.

3. UNA REFLEXIÓN COMPARATIVA. EL CASO CHILENO

Lejos de la proporcionalidad, la jurisprudencia chilena reconoce la dificultad de aproximarse a la fundamentación de la pena de muerte como sanción, pues para hacerlo debe asilarse en las distintas teorías disponibles para apoyar su existencia en el ordenamiento jurídico. Esto es así porque la base de la discusión es la escasa aplicación histórica de esta sanción penal (solo 58 casos), por lo que se hace dificultoso un análisis sistemático de las distintas situaciones fácticas propias de las conductas que pudieron ser subsumidas en los tipos penales donde era procedente, al menos dentro de un rango de discreción judicial, la aplicación de la pena de muerte.

Por otro lado, si bien en el proyecto de ley que a continuación se comentará se introducen como antecedentes normas constitucionales ligadas al derecho fundamental a la vida⁵⁴, su aplicación concreta (o bien, del principio de supremacía constitucional) en la discusión es escasa, manteniéndose esta en los márgenes de la teoría de la pena y el mejor argumento disponible para abogar por su aplicación o negarle legitimidad desde el punto de vista de la retribución, prevención o resocialización como fines de la pena.

Ahora bien, como se sabe, en Chile tiene vigencia desde el año 2001 la ley 19.734 derogatoria de la pena de muerte⁵⁵. En nuestro país por lo tanto, a diferencia de la

⁵⁴ Se incorporan como antecedentes: el art. 19 N° 1 de la Constitución Política. Además del art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica, y los artículos 6° y 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵⁵ “Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1. Reemplázase, en las penas de crímenes contenidas en la escala general del artículo 21, la palabra “Muerte” por “Presidio perpetuo calificado”. 3. Agregase el siguiente artículo 32 bis: “Artículo 32 bis.- La imposición del presidio perpetuo calificado importa la privación de libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento que se rige por las siguientes reglas: 1.ª No se podrá conceder la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva, debiendo en todo caso darse cumplimiento a las demás normas y requisitos que regulen su otorgamiento y revocación”.

mayoría de los estados norteamericanos, la máxima sanción a que puede aplicar el Estado es la de presidio perpetuo calificado.

Como también es sabido, nuestro país carece de una verdadera ‘cultura judicial’ por lo que, en general, la práctica argumentativa de nuestro máximo tribunal se impregna de autorreferencialidad.

Por esta razón, hemos decidido incorporar como objeto de análisis a este trabajo, las discusiones legislativas en torno al proyecto de ley derogatoria de la pena de muerte. En general, se admite la escasa utilización efectiva de la pena de muerte en nuestro país, lo que no solo nos separa de la realidad de los estados norteamericanos sino que también torna irrelevante una investigación sobre la historia de su aplicación en sede jurisdiccional. Resumiendo estos puntos la comisión que discute el proyecto de ley, lo que se hace relevante es el estudio de los argumentos allí esgrimidos que se entroncan con las distintas teorías sobre fundamentación de la sanción penal.

Los documentos utilizados corresponden a los siguientes:

– Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que deroga la pena de muerte. Boletín N° 2.367-07.

– Corte Suprema, Oficio N° 001641 (Intervención de la Corte Suprema. Se reproduce en la discusión general).

A continuación revisaremos los argumentos más importantes esgrimidos por los integrantes de la Comisión y por miembros de Poder Ejecutivo, intentando encontrar nexos argumentativos que nos permitan un mapa amplio de las razones que en definitiva llevaron a la derogación de la pena de muerte en Chile⁵⁶⁻⁵⁷.

Presidente de la República

En el espacio de las indicaciones presidenciales del informe presentado por la Comisión, destaca una adhesión importante por parte del Ejecutivo al principio de proporcionalidad de las penas, pero que encuentra aplicación en la escala de penas *hacia arriba*, es decir, el Ejecutivo aboga por un sistema de penas más duro y efectivo, donde los hechos que merezcan un reproche mayor conlleven una sanción efectiva. Dirige su crítica hacia el ‘sistema’ de la libertad condicional. Esto, como veremos trasladará de forma poco satisfactoria la discusión en torno a la legitimidad de la pena en todos los casos, a una cuestión sobre la medida alternativa a la pena de muerte que debe endurecerse para mantener la sensación de seguridad en la población.

El Ejecutivo procede a continuación, a criticar la ineficacia preventiva de la pena de muerte en base a dos consideraciones:

⁵⁶ En esta sección del artículo, a diferencia de la anterior, el esquema de análisis será más sencilla. Se identificará el nombre del interviniente con un subtítulo y se expondrán sus principales argumentos. La discusión general solo se estudiará en lo relativo a la pena de muerte. Para una discusión especialmente dedicada al presidio perpetuo calificado, puede consultarse el primer informe de la Comisión (Primer Trámite Constitucional, Boletín 2367-07 en su sección V. En general el análisis se referirá a este primer informe de la Comisión.

⁵⁷ Se señalan en el proyecto como fundamentos de la supresión, la necesidad de actualizar el punto de contacto del derecho chileno con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Con ello, se llama a considerar fuertemente la inclusión de la pena de presidio perpetuo calificado como la máxima sanción del Estado llamada a cumplir una finalidad de prevención general concreta.

(1) Escasa utilización: este argumento será la tónica de las intervenciones precedentes; destaca su utilización efectiva en solo 58 ocasiones en nuestro país. Además, la ineficacia preventiva (en términos de datos criminológicos sobre la ocurrencia de los delitos más graves) que es observable claramente desde el año 1979.

(2) Efecto paradójico: La forma en que el Ejecutivo aborda este, el problema del “error judicial”, es sencillamente impresionante. Observa una suerte de “sensación de humanización” que hace que el sistema entero, al momento de la condena “gire a favor del condenado” (como si existieran instancias de aplicación de las normas donde *no se* estuviera reconociendo la condición moral de humanidad del sujeto procesado)⁵⁸. En lo que respecta al problema de la discriminación y al error judicial en general, la intervención parece apropiada. Asocia en algún momento el ‘sistema judicial’ en concreto con sus posibles fallas, y reclama que “si el sistema judicial posee una probabilidad siquiera mediana de fallas en su decisión, entonces la pena de muerte estará acompañada de la duda y la incertidumbre”. Naturalmente, esto no es exclusivo de la pena de muerte, pero el carácter problemático que esta sanción posee, en relación al error judicial como problema general, es una cuestión que parece ya haber advertido Murphy.

Sobre el mismo tema, invoca el Ejecutivo las dudas de legitimidad que se hacen ver en las discusiones en el ámbito jurisdiccional que tienen lugar en algunos estados norteamericanos. Parece estar pensando en el problema de la discriminación (aunque constituye un corolario del problema más amplio del error judicial) vislumbrado ya en *Furman*⁵⁹.

De modo bastante poco detallado termina el Ejecutivo anunciando una suerte de principio de adherencia a la idea de reconocimiento moral del sancionado, cuando destaca que la pena de muerte supone la inviabilidad de *uno de los* fines de la pena. Está pensando en el fin de resocialización.

Sr. Ministro de Justicia

Ya en la Discusión General, interviene el Ministro de Justicia señalando el importante valor que tiene la opinión pública (que suele manifestarse a favor de la pena de muerte en situaciones en que se aprecia un alto índice de comisión de delitos graves como homicidios calificados y violaciones) en estas materias. Sin embargo, solo constituye un fundamento para iniciar la discusión en torno a la legitimidad de la pena de muerte y en ningún caso constituye un mandato prudencial para llegar a la solución correcta en términos de la finalidad de la pena de muerte y la coherencia en su aplicación, función que parece desempeñar, como veíamos, el “consenso nacional” en la jurisprudencia norteamericana.

Luego de introducir esta consideración, el Ministro de Justicia hace una muy importante observación en torno a la finalidad de la pena de muerte. Admite, en este orden de cosas, que la pena debe tener un “efecto intimidatorio” sobre los potenciales delincuentes. Agrega luego que debe existir un efecto paralelo sobre la comunidad “en el sentido de que el Estado está preocupado que estos delincuentes cumplan la condena que *merecen*”. Entendemos que esta segunda función se enmarca en una teoría sobre el fin que la pena

⁵⁸ Aquí tendría mucho que decir la antes expuesta ‘Función expresiva de la pena’. (Véase la última parte de la sección primera de este artículo)

⁵⁹ Véase el punto II – 1 en este trabajo.

debe cumplir en relación al refuerzo de las expectativas normativas de la sociedad, expectativas que resultan trastocadas precisamente con la ejecución de la conducta contraria a aquella prescrita en la norma en cuestión; la pena, en ese sentido, viene a reinstaurar la confianza que la comunidad deposita en el Estado al estilo como lo plantea el Sr. Ministro⁶⁰. La introducción del elemento del merecimiento resulta también importante; sin embargo, su utilización por parte del Ministro no nos parece la mejor, puesto que se pretende con esto simplemente, demostrar la ineficacia histórica de la pena de muerte en Chile. En efecto, la conclusión es que la muerte no puede ser nunca el resultado querido por la comunidad pues (al igual que como lo planteaba el Sr. Presidente de la República) su contenido comunicativo produce un giro en las emociones de la comunidad en torno a una ‘victimización’ del imputado sancionado con la máxima pena. Como ya podrá notarse, esta no es la más fina exposición del elemento retribucionista entendido como herramienta procedimentalista determinante del *quantum* de la sanción penal.

Termina su intervención señalando que el problema de la ineficacia preventiva se puede apreciar no solo en nuestro país sino que también en la heterogénea sociedad norteamericana. Señala al respecto que el fundamento de la pena de presidio perpetuo (efectivo) proviene de ciertos planteamientos surgidos precisamente en respuesta a la ineficacia preventiva de la pena de muerte en dicho país.

Senador Sr. Zurita

Las intervenciones de los legisladores resultan particularmente interesantes por la variedad de posiciones respecto al fundamento de la sanción penal que cada uno de los intervinientes adscribe. Intentaremos reconocer la marcada diferencia entre la aplicación del principio de proporcionalidad y la aceptación parcial de la muerte como sanción, y por otro lado, la impugnación irrestricta de la pena de muerte invocando una falta de reconocimiento moral, o bien, una falta de conformidad con principios constitucionales. En todo caso, las intervenciones de los legisladores tienden hacia el reconocimiento de la ineficacia práctica de la muerte como máxima sanción en términos de los reconocidos ‘fines’ que la pena como sanción debe perseguir.

A este respecto, el senador Zurita pone de manifiesto la ineficacia preventivo - especial de la pena de presidio perpetuo propuesta como alternativa a la pena de muerte⁶¹ al plantear de forma sugestiva la siguiente interrogante:

“¿Qué hace la sociedad con una especie de animal salvaje al que hemos tenido 40 años encerrado ente cuatro paredes, dándole de comer, haciéndolo dormir, y después, cuando a los mejor tiene 60 ó 70 años, se le dice ‘ahora es libre’? ¿Libre para qué?”.

Naturalmente, la ferocidad con la que describe el paisaje se contrasta con su reconocido temor a la pena de muerte como sanción viable, y ambas ideas se contrastan en la opinión del senador, con la ausencia de cualquier propuesta concreta para resolver el problema.

⁶⁰ Véase JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la pena*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

⁶¹ Véase los fundamentos del proyecto de ley y de la discusión en la nota 57.

Senador Sr. Aburto

La segunda opinión aquí analizada deviene en añeja por cuanto niega la verdadera posibilidad del problemático (y punto central en la discusión aquí en comentario) ‘error judicial’ teniendo en vista la estructura del antiguo procedimiento penal.

Sí resulta relevante el hecho de que el legislador considere que la pena de muerte pueda satisfacer pretensiones preventivo - generales que no vulneren el principio de proporcionalidad (sino que lo satisfagan *hacia arriba*) en casos de delitos “horrorosos” como por ejemplo, la violación de un menor de edad (véase *Kennedy*). Opina, el señor Aburto que en esos casos, la pena de muerte *sí* resulta ejemplarizadora para un hombre. Naturalmente, no hace distinciones que puedan problematizar esta aseveración en relación a las condiciones del violador (véase, por ejemplo, *Kennedy* en relación a *Atkins* o *Roper* respecto a la importancia de calificar al sujeto pasivo para efectos de determinar su grado de culpabilidad y la incidencia de esto en la aplicación de la ‘proporcionalidad diferenciada’).

Concluye, coherentemente, que la pena de muerte como máxima sanción puede ser compatible con una pena de presidio perpetuo efectivo, reservando la primera para ‘delitos bestiales’, donde evidentemente la sociedad ‘clamará la pena de muerte pues no habrá posibilidad de aplicarle una pena menor’.

Senador Sr. Hamilton

Corresponde a la intervención más extensa y detallada, por lo que se le dedicará un tratamiento especial.

Admite diversas ópticas de acercamiento al problema de la legitimación de la pena de muerte (histórico, jurídico, moral) y procura tratarlas todas. Admite, sin embargo, que su posición inicial es profunda e insustituible: considera ilegítima la pena de muerte bajo cualquier circunstancia.

De este modo, y como principal propulsor del proyecto de ley, pretende distanciarse de las diversas opiniones de los jueces norteamericanos. La pregunta fundamental es si logrará distanciarse del ‘proporcionalismo diferenciado’ propugnando la importancia de la vinculación constitucional y, con ello, la vinculación a un principio moral de respecto a la vida, o si, en vez, destacará la ineficacia general de cualquier teoría sobre legitimación moral de la pena que tenga como objeto la muerte del sancionado.

Antes de llegar a ello, prefiere el legislador trazar la línea histórica de aquellos teóricos cuyos planteamientos han permitido cuestionar la legitimidad de la pena de muerte en base a principios jurídicos y morales. Puede revisarse a este respecto, nuestro breve tratamiento en la sección primera de este artículo. A diferencia de nosotros, el Sr. Hamilton decide incorporar el fundamentalismo escolástico en la persona de Tomás de Aquino, y los protestantes Lutero y Calvino.

En apoyo de Beccaria y su ya comentada obra “De los Delitos y de las Penas” traza el senador Hamilton un esquema compuesto por varios puntos que consistirían en propiedades de la pena de muerte que la hacen (considerados en su totalidad) ilegítima e inaplicable. Pasaremos a revisar estas propiedades a continuación.

Así, para el senador Hamilton, la pena de muerte debe ser considerada:

– Inmoral: por cuanto a través de esta se manifiesta el deseo de venganza de la sociedad y el Estado, al ejecutar la fuerza, se rebaja a la condición de un ‘ofensor’. Luego

agrega el ya comentado problema del error judicial (véase más arriba en la intervención del Ejecutivo, la relación del error judicial con el problema del ‘Efecto paradójico’) como una cuestión irremediable tanto en su existencia material como en sus consecuencias. No comprendemos a cabalidad la conexión lógica que el senador encuentra entre la eticidad de una sanción y las probabilidades de que esta sea mal aplicada. Se habría esperado aquí una mayor fundamentación filosófica relativa a los problemas de reconocimiento moral que conlleva la apreciación utilitarista de la sanción penal y su efecto disuasorio. Lamentablemente, esta exposición no ocurre.

– Innesaria: Sobre esto el senador entrega dos razones, que en realidad pueden reconducirse a una sola, la ineficacia preventivo - intimidatoria de la pena de muerte. Sobre esto ya se ha dicho bastante aquí y resulta un punto recurrente no solo en las intervenciones aquí descritas sino también en la abundante bibliografía al respecto. De esta idea general, el senador desprende otra más particular, cual es, la suficiencia de la pena de presidio perpetuo (efectivo) en términos preventivo - intimidatorios. El senador trata el objeto de la pena como “peligrosidad” que debe evitarse y termina proponiendo duraciones concretas para la pena de presidio perpetuo⁶².

– Pesimista: aquí encontramos un argumento sobre ineficacia preventivo - especial (que está supuesto en el prisma de la legitimidad de la pena de muerte). En efecto, la lógica de un Estado de Derecho que aboga por la muerte como máxima sanción penal es una lógica de pesimismo, por cuanto “parte del supuesto de que existen seres humanos que *no son regenerables*”⁶³.

– Injusta: Sobre la justicia de la pena de muerte, el senador hace hincapié en el efecto *estigmatizador* que tiene una vez aplicada, sobre el resto de los miembros del grupo familiar. Aquí cabe preguntarse ¿no es la misma situación observable con la ejecución de cualquier pena de encarcelamiento?, ¿no es posible estimar que la sanción más dura es la de encarcelamiento en términos de la estigmatización social por cuanto no opera ninguna suerte de resentimiento social generalizado ante la pérdida del único bien jurídico superior a la libertad (la vida)? En segundo lugar, y relacionado con el problemático efecto de estigmatización social, el Sr. Hamilton destaca la deplorable situación en que queda la clase social desprotegida (principal partícipe de la llamada “criminalidad callejera”) al afectarles la máxima sanción del sistema jurídico-penal, que al operar, desatiende los problemas de fondo que influyen en los altos índices de criminalidad, que se traducen en características de las sociedades modernas de consumo^{64, 65}.

⁶² Señala que debe durar al menos 30 años. Señala además que la intención del proyecto de elevarla a 40 años le parece excesiva. La pregunta interesante que resalta en este punto es: ¿excesiva, respecto de qué conducta?

⁶³ Prosigue el senador señalando que “en consecuencia debieran [los seres humanos *no regenerables*] ser eliminados *como escoria de la humanidad*”. En estos tiempos, la lógica de esta óptica de exclusión moral, se aviene muy bien con el corrosivo “Derecho Penal del Enemigo”. No por nada ha sido considerado como uno de los bastiones de la resurrección de la pena de muerte en orden a preservar el valor social de la “seguridad ciudadana”. Para argumentos críticos sobre esta construcción dogmática y en especial en lo relativo a la pena de muerte GRACIA MARTÍN, Luis. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘derecho penal del enemigo’”. en *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 2005, en especial pp. 10 y ss.

⁶⁴ Una idea relacionada es la del profesor Miguel Soto, para quien el fenómeno de la ‘expansión del derecho penal’ en países subdesarrollados puede generar un aumento en la desigualdad en el trato con la criminalidad callejera.

⁶⁵ El argumento, por lo demás, nos regresa a un antiguo problema en la administración de la “justicia más dura” ya discutido en el célebre *Furman* analizado en la primera parte de la sección segunda de este artículo.

Senador Sr. Chadwick

Para el senador Chadwick, la pena de muerte es una pena legítima.

Para apoyar esta posición que introduce algo de controversia en el debate chileno, el senador Chadwick exime al cuestionamiento sobre la legitimidad de la pena de muerte de tener que presentarse en el ámbito del fundamentalismo escolástico. En vez, propone discutir en la dimensión del bien común. Sobre esto, alega que en ciertas situaciones, la autoridad legítimamente establecida, debe echar mano a la máxima sanción de la que dispone para proteger “ciertos bienes jurídicos que la sociedad estima sustantivos”. Cuesta entrever la posibilidad de que se trate de una alusión indirecta a los estados de excepcionalidad donde la autoridad soberana debe restablecer una suerte de confianza en la autoridad del derecho, erradicando fuentes de peligro ya manteniendo intacto el sentimiento de seguridad de la sociedad. Todo esto, en razón del uso arbitrario de los conceptos *moral natural*, *razón natural*, *exigencia de bien común*, a los que se supone ligado el ejercicio legítimo de la máxima sanción por parte del poder central. Cabe preguntarse hasta qué punto el senador Chadwick ha escapado al fundamentalismo para caer en otro fundamentalismo disfrazado de “institucionalismo”.

Por otro lado, la opinión de Chadwick es particularmente ilustrativa por cuanto expone que considera él son las tres finalidades de la sanción penal. Por un lado, el efecto intimidatorio, donde destaca las dificultades empíricas a la hora de demostrar su eficacia material (como ya se ha dicho varias veces, constituye un tópico recurrente en las intervenciones de esta discusión). Sin embargo, para Chadwick, al igual que para el Sr. Ministro de Justicia, la pena no debe pretender simplemente un efecto preventivo - negativo; sino también uno positivo. A esto hace alusión cuando se refiere al “efecto ejemplificador de protección, de resguardo de la sociedad”. A este respecto, cabe destacar que tanto las opiniones del presente senador como del Ministro de Justicia destacan, en realidad, por hacer alusión al valor social de la ‘seguridad ciudadana’ más que a la pretensión de restablecer una confianza en el ordenamiento normativo, vulnerada con la comisión del delito. Bien podría ser, sin embargo, que subyacente a estas opiniones de los intervinientes mencionados, existiera la comprensión cabal del *elemento comunicativo* que se supone en el ejercicio de la actividad punitiva estatal⁶⁶. No se entregan lamentablemente mayores elucidaciones al respecto para llegar a una convicción firme.

En segundo lugar, ofrece el senador Chadwick la más extraña de las representaciones de lo que se entiende por función rehabilitadora de la sanción penal. Hace alusión el senador a una suerte de “rehabilitación espiritual”⁶⁷ a la que algunos hacen actualmente alusión, sin embargo, no cita ninguna fuente de aquellas afirma provienen estas ideas.

Volviendo a la seriedad de las teorías concretas, destaca el senador el principio de proporcionalidad. Para introducir su propia perspectiva de la importancia de este principio, procede a recordarnos la intervención del senador Zurita, quien, como sabemos, es temeroso no solo de los efectos negativos de la pena de muerte, sino también de su

⁶⁶ El célebre JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma persona, en una teoría de un derecho penal personal.*, Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 1996.

⁶⁷ La descripción alude a algo así como un sentimiento de remordimiento que nace en el momento en que se peca el sujeto de su fatal destino.

‘alternativa’, la prisión perpetua. Chadwick nos recuerda que en la opinión del senador, la pena de muerte aparecía como “no-natural” (evidentemente, está pensando en el sentimiento de perdón y humanidad que tiene como objeto el imputado al momento de conocer la comunidad su fatídico destino. Ya hemos tenido la oportunidad de observar esta aproximación en la opinión del Presidente y del Ministro). Pues bien, para Chadwick, lo “no-natural” es la desatención de la situación de la víctima agravada por el hecho delictual. Aboga por una proporcionalidad *hacia arriba* (hacia las penas más brutales en relación a los delitos más atroces). Niega el barbarismo que se le atribuyen a estas medidas tan extremas apoyándose, al igual que como lo hizo con la negación del fundamentalismo escolástico, en la sofisticación de la institucionalidad jurídico-política y en la legitimidad intrínseca de las medidas que adopte.

Por último, hace alusión al “compatibilismo” (pena de muerte - presidio perpetuo efectivo) del senador Aburto y lo acepta como una medida posible. Observa que, a este respecto, lo apropiado sería asimilar el presidio perpetuo a una suerte de ‘regla de clausura’ exclusiva para casos ‘dudosos’ entre los cuales *no* se encontrarían aquellos donde evidentemente la pena apropiada (según la óptica proporcionalista de Chadwick) solo puede ser la muerte.

Senador Sr. Díez

En lo principal, el senador Díez comparte, tanto con el senador Aburto como con Chadwick, la idea de una pena de muerte legítima. Sin embargo, su posición resulta bastante curiosa, pues manifiesta que “le gusta que exista la pena de muerte pero que *no se aplique*”. ¿Cómo es posible esto? A nuestro entender, y siguiendo la ulterior argumentación de Díez, este pensamiento solo puede enmarcarse en una comprensión *retribucionista* de la función penal, pues, la sociedad ideal del senador es una donde *no se deja de sancionar* a quienes cometen crímenes brutales, y sin embargo, en el ‘consenso comunitario’ (que *no es lo mismo* que las expectativas normativas de la sociedad) de la nación chilena parece haberse asentado la idea (según el senador) de que una pena tal no resulta ya necesario. Nótese que siguiendo esta postura la lógica del retribucionismo puede jugar un papel más relevante que una mera exigencia procedimentalista, y otras funciones importantes (como la de disuasión) pueden pasar a constituir meros efectos colaterales.

Excma. Corte Suprema

Nuestro supremo tribunal interviene con motivo del requerimiento de la Comisión para que como entidad, se pronuncie sobre el fondo y forma del proyecto⁶⁸.

En el documento en que se contiene la opinión del máximo tribunal, es de notar que no tarda la Corte en asignar una importancia decisiva a la función comunicativa de la pena de presidio perpetuo efectivo que, en términos de efectividad preventiva debe esta ejercer como modalidad suplente de la pena de muerte⁶⁹. Están pensando los jueces naturalmente en la función preventivo - general negativa que debe la sanción penal debe

⁶⁸ Oficio N° 1641, 28 de agosto de 2000, la opinión de la Corte Suprema aparece transcrita de forma idéntica en la Discusión General aquí en comentario.

⁶⁹ Considerando el fin preventivo que es el que en definitiva prima en estas discusiones, la lógica es la misma que apreciábamos en la argumentación de Beccaria (véase la sección primera de este artículo).

perseguir. Para los jueces de nuestra suprema Corte, la manera en que la pena suplente puede evitar el sacrificio de eficacia preventiva que la derogación de la pena de muerte supondría, deberían insertarse fuertes exigencias que impidan lograr al condenado fácilmente el acceso a la libertad condicional^{70, 71}.

Sin embargo, a pesar de que nuestra suprema Corte expusiera el panorama anterior como el más favorable, no lo estima posible por dos razones básicamente. La primera, de orden fáctico, estima que no se podrá llevar a cabo siendo la finalidad deseada por el órgano jurisdiccional, mas siendo la decisión final compartida por el órgano jurisdiccional y un órgano administrativo. La segunda, de orden moral, hace alusión a la competencia del más alto tribunal de la República y las razones por las cuales no resulta aconsejable que le corresponde a este decidir sobre la libertad o encarcelamiento de un individuo, pues el 'consenso comunitario'⁷² podría formarse una opinión más cercana a la realidad de lo que puede estarlo el órgano jurisdiccional.

Volviendo a la Discusión General y para concluir con estas páginas, creemos que revisten particular interés (por su orden académico) las opiniones de los profesores Etcheberry y Zepeda Coll, las cuales se reproducen en el informe primero del segundo trámite constitucional.

Para Etcheberry, así como para la suprema Corte, la cuestión verdaderamente relevante es la de determinar las exigencias formales que se impondrán al condenado en orden a adquirir el beneficio de la libertad condicional bajo el régimen de presidio perpetuo calificado; esto para la Corte Suprema respondía, como recordamos, a la necesidad de suplementar la pérdida de la eficacia preventiva de las penas al suprimirse la pena de muerte. En la opinión de Etcheberry sin embargo, la nota esencial parece ser la función de resocialización de la pena, pues adopta el profesor chileno una postura crítica hacia el estado de la legislación penal chilena por haber erradicado esta por completo la confianza en la readaptación social de los delincuentes. En este orden de cosas, es posible (y así lo hace Etcheberry) dirigir una crítica concreta al extenso lapso que exige el proyecto de ley (que luego se concreta como legislación vigente hasta nuestros días) para acceder a la libertad condicional, reconociendo que mediante la imposición concreta y efectiva de tan largo período de encarcelamiento, los fines retri-

⁷⁰ Sin perjuicio de que la Corte en definitiva no crea que sea posible llevarla a la práctica, en la parte de la discusión relativa específicamente a la pena de presidio perpetuo, esta lógica de equiparar la eficacia preventiva es compartida por varios de los senadores cuyas opiniones han sido expuestas.

⁷¹ DL- 321 sobre Libertad condicional:

Artículo 3° A los condenados a presidio perpetuo calificado solo se les podrá conceder la libertad condicional una vez cumplidos cuarenta años de privación de libertad efectiva. Cuando fuere rechazada la solicitud, no podrá deducirse nuevamente sino después de transcurridos dos años desde su última presentación.

Artículo 4.° La petición de libertad condicional la hará una comisión especial que funcionará en la Corte de Apelaciones respectiva, durante los meses de abril y octubre de cada año, previo informe del jefe del establecimiento en que esté el condenado. La comisión de libertad condicional estará integrada por los funcionarios que constituyan la visita de cárceles y establecimientos penales en la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones y dos jueces de juzgados de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal elegidos por ellos, si hubiere más de dos en las comunas asientos de las respectivas Cortes.

⁷² No usa la Corte este concepto pero sí alude a la sociedad, la cual podría emitir un juicio de valor sobre la conveniencia de mantener a un imputado bajo el régimen de libertad condicional.

bucionistas y de prevención aplastan por completo cualquier confianza en la readaptación social⁷³.

Por último, el profesor Hugo Zepeda se considera favorable a la aplicación de la pena de muerte, reconociendo que se trata de una postura minoritaria en nuestro país, se considera además representante del retribucionismo de origen católico. Critica levemente el fin resocializador con sustento en el conocido problema (en realidad aplicable a todas las teorías sobre la pena como reconoce Roxin pero que se hace más agudo en la teoría sobre la resocialización) de la indeterminación del *quantum* de la pena (en el caso del presidio, la cantidad de años en que el condenado debiera “someterse a tratamiento”).

Asocia, a nuestro juicio correctamente, el fin de retribución al principio de proporcionalidad. Ahora la pregunta es ¿cómo deriva desde allí la *necesidad de la pena de muerte*? Lo hace a través de una argumentación que, aunque errada, resulta interesante y novedosa entre las posturas que hasta aquí hemos revisado. Para Zepeda, la pena de muerte *puede* entenderse como una venganza social, sin embargo, este entendimiento debe ser sutil, pues de otra forma el ideal retribucionista se vería ultrajado, pues toda retribución sería vista como una venganza. Naturalmente, podemos estar todos de acuerdo en que no es tan difícil aceptar que la sociedad civil tiene o puede tener el deseo de que el delito como un mal sea retribuido con otro mal equivalente a quien causó el primer mal, sin embargo, un poco más difícil resulta aceptar que de lo anterior se derive que en cada intención privada de retribución haya una intención pública de venganza (social). El punto es importante, porque para Zepeda, la supresión de la pena de muerte tiene o puede tener un efecto no esperado en la sociedad de traslado de los medios de ejercicio de la venganza social al ejercicio de una ‘venganza privada’. Según Zepeda, este fenómeno se vería reflejado en un aumento en el sentimiento social de inseguridad con motivo de la derogación de la pena de muerte, y con ello en una *“privatización del derecho a matar”*.

Afortunadamente, tanto el desarrollo dogmático chileno, como la evidencia empírica de estos últimos cuatro años han demostrado que Zepeda estaba equivocado. La compleja sociedad norteamericana tardará mucho más tiempo en lograr un ‘consenso comunitario’ que englobe a toda su ciudadanía. El desarrollo de construcciones dogmáticas nutridas de la actividad belicosa humana de los siglos XX y XXI seguirán haciendo más dificultosa esta tarea. Afortunadamente, como nos recordara Etcheberry en su intervención, el Pacto Interamericano de Derechos Humanos impide que Chile pueda retroceder en estos ámbitos. La Suprema Corte norteamericana carece de aquel referente en el cual apoyar sus razonamientos contradictorios; por lo pronto, se apoya en las diversas interpretaciones del principio de proporcionalidad, que se mueve entre la vinculación constitucional y el reconocimiento moral del sancionado. No podemos dejar de reconocer que la diferencia entre ambas sociedades es central para comprender la diferencia en el desarrollo judicial y legislativo en torno a este tema: una menos compleja, donde se ha permitido una negación casi general de la aplicación de la pena de muerte en base a principios

⁷³ En Chile se comparte la visión general del carácter obsoleto de esta teoría sobre la pena. Por lo demás, cabe destacar que para Etcheberry, los principios del ideal de resocialización provienen tanto del cristianismo como del humanismo laico. A pesar de su aparente objetividad, para el profesor los males del presidio perpetuo efectivo se pueden asimilar a la imagen religiosa del ‘infierno’.

similares aceptados en comunidad, y otra, altamente compleja y heterogénea, donde las más diversas realidades amenazan a diario con impedir la universalización de principios morales generados con la única intención de proteger la vida humana ante el ejercicio de la violencia por parte del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Madrid, Editorial Alianza, 1968.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal: Parte General. Tomo II*. Segunda Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- FRASE, Richard. *Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: "Proportionality" Relative to What?*. 89, Minn. L. Rev. 2004-2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal del enemigo'*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Madrid, España, Alianza, 1989.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la Teoría de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- . *Sociedad, norma persona, en una teoría de un derecho penal personal*, Bogotá, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 1996.
- KANT, Immanuel. *Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y Ciudadanía*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, 2006.
- . *La pena como retribución*, en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 108, 2007.
- MURPHY, Jeffrie. *Cruel and Unusual Punishments*, en Jeffrie Murphy, *Retribution, Justice and Therapie*. Boston, Dordrecht: Kluwer, 1979.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid, Trotta, 1998.

JURISPRUDENCIA ESTADOS UNIDOS

- Gregg v. Georgia*, 428 US 153 (1976).
- Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977).
- Enmund v. Florida*, 458 US 782 (1982).
- Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002).
- Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).
- Kennedy v. Louisiana*, 554 US (2008).

DISCUSIÓN LEGISLATIVA CHILENA

- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que deroga la pena de muerte. Boletín N° 2.367-07.
- Corte Suprema, Oficio N° 001641.

