

# Hacia el abolicionismo de la sanción capital en España

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal  
Facultad de Derecho de San Sebastián, España. Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología.

## SUMARIO

*I. Nociones básicas. II. Historia de la "ambivalente" pena capital. III. Legislación comparada. IV. Datos y estadísticas internacionales. V. Motivaciones retencionistas. VI. Argumentos contra la pena de muerte. VII. Problemática en tiempos de guerra. VIII. Abolicionismo total. IX. Anexo: Convenio Europeo... Protocolo 6.*

### *I. Nociones básicas*

Actualmente por pena de muerte se entiende la privación de la vida impuesta, según las normas formalmente requeridas, por la autoridad judicial, y ejecutada por una o varias personas legalmente competentes a los delinquentes culpables, autores de determinados delitos graves. Es la sanción (¿pena o medida?) más severa de la administración de la justicia admitida en muchos países, cuyos orígenes (y permanencia) desde los primeros tiempos de la humanidad muestran una lenta evolución relativamente unánime hacia el abolicionismo, aunque con muchas particularidades según los tiempos, los regímenes sociales, políticos y religiosos. Lógicamente en las sociedades primitivas carecía de las formalidades procesales que hoy se consideran sustanciales e indispensables.

Esta sanción suscita desde fechas inmemoriales y en nuestros días discusiones apasionadas dada su complejidad y su trascendencia, así como sus efectos tan graves que derivan en múltiples campos científicos y sociales de su mantenimiento o su abolición, así como de las diversas técnicas legales para su imposición y su ejecución.

A pesar de las dificultades y pulsiones con que tropiezan sus investigadores, muchos dedican gran parte de sus estudios a dilucidar sus problemas y a deducir conclusiones concretas. Se puede afirmar que todas las preguntas importantes en Derecho Penal, en Criminología, en Política Criminal, etc., tienen relación más o menos directa con la postura que se adopte en la cuestión de la pena capital. El legislador que admite esta sanción introduce una gota de veneno en el vaso que contiene las normas de la sociedad. Aunque no se llegue a la ejecución, esta gota infecciona todo el líquido, toda la legislación, todo el talante del sistema de justicia y de la convivencia (1).

El instinto de venganza mortal se encuentra tan profundamente arraigado en el "animal racional" que, para muchos, el hecho de rechazarlo y de prohibir su expresión colectiva, mediante la abolición de la pena de muerte, implica una frustración intolerable. Por lo mismo, el abolicionismo significa un triunfo de la solidaridad sobre la venganza, el miedo y el odio o, como ha formulado BADINTER (2), un triunfo de la humanidad sobre sí misma. Es el triunfo más difícil de alcanzar, y en cierto sentido es el más importante para el progreso de la sociedad.

En muchos países se va logrando, pero todavía no bastante, que las instituciones culturales, políticas y eclesiásticas se interesen y actúen eficazmente en pro de la abolición total. Merece un aplauso excepcional *Amnesty International* que constantemente fomenta acciones anti-pena de muerte. También puede recordarse aquí la Asociación de Derechos Humanos en España, la Asociación Española contra la Pena de Muerte, los catedráticos de Derecho Penal (3) etc.

Afortunadamente la tendencia abolicionista va progresando en muchos especialistas teóricos y en algunas legislaciones nacionales (4). Como fruto

---

(1) Entre abolicionistas y mantenedores de la pena capital media una oposición radical que afecta, positiva o negativamente, a todo el Derecho Penal, a toda la Criminología y a todo el sistema de Justicia. Acerca de esta antinomia resultan ilustrativas muchas páginas de CH. M. BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order*, 1974, pp. 359 s., 407, 450, 459 ss.; CH. M. BASSIOUNI, *Criminal Law and its Process. The Law of Public Order*, 1969, pp. 19, 27, 42, 111, 204, 585, y de BETTIOL (G. BETTIOL y L. FETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Edición 12ª, Padova, 1986, pp. 13 ss., 50 ss., 144 ss., 834 ss.) como precursores de la moderna ciencia epistemológica. Cfr. MARIANO CORBI, *Análisis Epistemológico de las Configuraciones Axiológicas Humanas*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1983.

(2) ROBERT BADINTER, en *Boletín sobre prevención del delito y justicia penal*, Viena, Naciones Unidas, nº 11, diciembre 1984, p. 23.

(3) BARBERO, BERDUGO, BERISTAIN, "La pena de muerte. Seis respuestas", 2ª ed., *Bol. Oficial del Estado*, Madrid, 1978, 238 pp.

(4) MARC ANCEL, "Quelques observations sur l'abolition de la peine de mort", en *Crime and Criminal Policy. Papers in honour of Manuel López-Rey y Arrojo*, Roma, Franco Angeli, 1985, pp. 33 ss.

digno de mencionarse en esta corriente, el 28 de abril de 1983 quedó abierto a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa el Protocolo n.º 6 a la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en relación con la pena de muerte <sup>(5)</sup>. El 1.º de marzo de 1985 entró en vigor, después de ser ratificado por el mínimo necesario de cinco países: Austria, Dinamarca, España, Luxemburgo y Suecia. Este Protocolo es el primer tratado internacional de carácter preceptivo que prohíbe la pena de muerte. En la actualidad otros nueve Estados Miembros han firmado el Protocolo, pero aún no lo han ratificado. Siete Estados Miembros no lo han firmado ni ratificado: Chipre, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Malta, Reino Unido y Turquía.

Este Protocolo obliga a los Estados a abolir la pena de muerte para los delitos cometidos en tiempo de paz. Pero, queda permitida su imposición y ejecución en tiempos de guerra, o de peligro inminente de guerra, si las leyes previas lo establecen. En contra de lo que previene el art. 64 de la Convención, este Protocolo no admite reserva alguna en el momento de la firma.

El 17 de enero de 1986 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución mediante la cual insistía en su decidida aspiración de abolir la pena de muerte en toda la Comunidad Europea. La Resolución exhortaba a todos los Estados Miembros del Consejo de Europa a ratificar el 6.º Protocolo al que nos estamos refiriendo, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Hasta llegar a esta petición-exigencia abolicionista el animal racional ha caminado y descaminado mil pasos difíciles que conviene conocer, al menos en sus grandes líneas. Esta petición-exigencia abolicionista no se entiende bien si se olvida la cosmovisión general del evolucionismo a lo largo de millones de años. Razonablemente nos aboca a estigmatizar mucho menos (o nada) a nuestras generaciones históricas partidarias de la pena capital.

## II. *Historia de la "ambivalente" pena capital*

La evolución de la pena de muerte cubre y en cierto sentido descubre toda la historia (y la prehistoria) de la humanidad en el ámbito de los pensamientos y de los sentimientos más profundos de la persona y de sus grupos. Por ello se ha escrito y discutido sobre este tema más que sobre cualquier otro del Derecho Penal. Se trata de una historia victimal y triste, pero cada día menos triste. Una historia ambivalente para algunos, como

---

(5) COUNCIL OF EUROPE, *Protocol n.º 6. To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty*, Strasbourg, 28-4-1983.

todo acaecer humano, creativo, histórico, social y jurídico <sup>(6)</sup>. En la Historia del Derecho y de la Criminología no ha "calado" todavía suficientemente la cosmovisión evolucionista. Faltan estudios epistemológicos desde la historia de la antropología biológica y desde la historia de la antropología cultural, así como desde el evolucionismo inorgánico (prebiológico), orgánico (biológico) y humano (cultural y jurídico).

Los que detentan el poder (élites y masas), con el transcurso de los siglos, abusan menos de él en este campo, aunque la tendencia abolicionista doctrinal y legal tiene sus altibajos, como reconoce, por ejemplo, CUELLO CALON cuando constata que el gran ímpetu alcanzado antes de la Primera Guerra Mundial por el abolicionismo, en los años que siguieron a ésta se atenúa y principalmente en los países no europeos pierde gran parte de su fuerza <sup>(7)</sup>. Pero, opino que, por encima de esos vaivenes, perdura y predomina la corriente abolicionista cada día más extensa e intensa.

En este capítulo (el menos honroso) del Derecho Penal pueden verse, sin embargo, algunas facetas positivas:

— la conveniencia de estudiar los antecedentes prehumanos de las principales instituciones jurídico-penales;

— su propia evolución abolicionista, símbolo y paradigma de la macroevolución abolicionista del actual Derecho Penal vindicativo y represivo;

— el perdón judicial, el derecho de gracia y la sustitución por composición pecuniaria en algunos pueblos ha brotado (y/o se ha desarrollado) especialmente en el campo de la pena de muerte, según algunos comentaristas <sup>(8)</sup>;

— la transpersonalidad de la pena capital ha facilitado radicales y atinadas nuevas teorías del conocimiento en algunos epistemólogos <sup>(9)</sup>;

(6) F. FECHNER, "Vier Thesen über die Funktionalität des Rechts in der menschlichen Gesellschaft, Ein Rechtssoziologischer Überblick", en *Pena de muerte*, Coimbra, 1967, pp. 333 ss. J. DELGADO PINTO, "El derecho como fuente de agresión y de pacificación", en *I Curso Monográfico sobre AGRESIVIDAD*, Madrid, ed. Castalia, 1980, pp. 97 ss.

(7) EUGENIO CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1958, p. 128.

(8) MARC ANCEL, *La Pena Capital*, Naciones Unidas, Nueva York, 1968, pp. 25 ss., 92 s. E. CUELLO CALON, *Opus cit.*, 1958, p. 147. M. PEREZ Y DE LA MOLINA *La Sociedad y el Patibulo, o la Pena de Muerte*, Madrid, 1854, pp. 278. 289. PETER BRANDT, *Die Evangelische Strafgefangenenseelsorge. Geschichte-Theorie-Praxis*, Göttingen, ed. Vandenhoeck Ruprecht, 1985, pp. 265 ss.

(9) HERBERT FLIEGER, *Todesstrafe*. "Die Würde des Menschen ist unantastbar", Schaffhausen, Novalis Verlag, 1982, pp. 32 ss. 128 ss. H.G. HINDERLING, *Rechtsnorm und Verstehen. Die Methodischen Folgen einer Allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung*, Bern, 1971, pp. 60 ss. 70 ss. 120, ss., 124 ss., 216 ss. Indirectamente se refieren al tema G. BETTIOL y L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, 1986, pp. 13 ss., 50 ss., 144 ss., 834 ss. y J. RABKIN, "Justice and Judicial Hand-Wringing: The Death Penalty Since Gregg", en *Criminal Justice Ethics*, verano 1985, p. 20.

— el amar y el morir tienen una raíz común. Con razón se ha escrito que “las más bellas historias de amor acaban con la muerte, y esto no es algo *sín ton ni son*. Ciertamente, el amor es y subsiste como *la superación de la muerte*, pero no porque la elimine, sino porque el amor mismo es muerte. Sólo en la muerte es posible la entrega total del amor, porque sólo en la muerte podemos quedarnos enteramente a la merced. De ahí que los amantes se lancen tan sencilla y castamente a la muerte; no se arrojan a un sitio extraño, sino al recinto íntimo del amor” (L. BOROS, *El Hombre y su Última Opción*, Madrid, 1972, pp. 66-67). Algo de esto decían los versos escritos en euskera por los condenados a muerte en el País Vasco, que, desde el momento de su condena, disponían (a tenor de los usos y costumbres tradicionales) de un año para redactar poéticamente su experiencia de manera que sirviera de ejemplo para los demás;

— muchas víctimas del abuso del poder (en su manifestación más trágica) adoptan ante este cruel castigo un talante que, con frecuencia, limpia las manos de sus verdugos; y algunas veces, aprovechan la animal venganza de la pena de muerte para, a través de su sometimiento de excelso heroísmo, vivir experiencias de altruismo oblativo trascendente, enriquecedor de la humanidad.

Esteban Urkiaga, conocido como Lauaxeta, que en euskera significa “abierto a los cuatro vientos”, fue ejecutado el 25 de junio de 1937, a las 6:30 de la mañana, asistido por el P. Alfonso Moreno, S.J. Poco antes Lauaxeta había escrito: “Goiz eder honetan erail bear nabatxindor baten txintak gozotan naukela! El naiten leiora begiak intz-gabe. . . Gudan jaus nadillazuzentzaren aldeez ormari atzez goiz eder argian. . . Erri zintzo onenak zaindu dagialail gintzanen atsa, il gintzanen ala” (“Esta hermosa mañana me van a ejecutar, mientras el canto de un ruiseñor endulza mi alma. No hay rocío en los ojos cuando me acerco a la ventana. . . Quiero caer en el campo de batalla, luchando por la justicia, y no contra la pared. . . Que la fe de este pueblo guarde la fuerza y el aliento de los que dimos por él nuestra vida”).

Recordemos las líneas con las que VIKTOR E. FRANKL concluye su libro *El Hombre en Busca de Sentido*: “Después de todo, el hombre es ese ser que ha inventado las cámaras de gas de Auschwitz, pero también es el ser que ha entrado en esas cámaras con la cabeza erguida y el Padre-nuestro o el Shema israel en sus labios” (10). Recordemos también las frases últimos de varios ejecutados que transcribe el PADRE MONTES: “Padres y madres! Ved a dónde conduce al abandono de la familia. Yo soy culpable; pero es mayor la culpa de mis padres que me dejaron sin amparo y sin educación”; “Pido perdón a Dios y a los hombres. Que mi triste ejemplo sirva de lección a todos los que me contemplan”; “Muero con serenidad: he merecido mi suerte”; “Amigos, pedid a Dios que me perdone”; “En

---

(10) VIKTOR E. FRANKL, *El Hombre en Busca de Sentido*, Barcelona, Herder, 1980, p. 128 (Traducción de Diorki).

nombre de Dios que perdonó a los ladrones y asesinos, perdonadme también a mí"; "Deploro mi condena, y muero como buen cristiano"; "Lo que sucede es muy triste; pero lo tengo bien merecido". Otras muchas circunstancialmente (para su tiempo y para su ubicación geográfica) bellas páginas han escrito personas condenadas a muerte <sup>(11)</sup>. Capítulo aparte merecería la sentencia y ejecución de Jesús de Nazaret, en Jerusalen, con sus posteriores consecuencias para muchos incalculables <sup>(12)</sup>.

Ante la imposibilidad de estudiar tan detenidamente como quisiéramos el origen prehumano y la evolución multiseccular de la pena capital nos vemos obligados a resumirla, a vista de pájaro, en tres épocas que, a veces, se cruzan o superponen o retrotraen en involución más o menos modificada:

- A) Época de la expiación religiosa (teocentrismo).
- B) Época de la reacción jurídico-legalista (nomocentrismo, monarquías o dictaduras absolutas).
- C) Época de la creación criminológica-humanista (homocentrismo, Estado social y democrático de derecho).

## II.1. *Época de la expiación religiosa*

Desde los ancestrales orígenes de la humanidad, antes ya del *homo sapiens*, la respuesta mortal de las víctimas viene acompañando a nuestros progenitores. En la más remota antigüedad y durante la Edad Media, en la inmensa mayoría de los países que conocemos, era la pena más frecuente. Se puede decir que sólo a partir del siglo XVIII empieza a abrirse paso cierta postura abolicionista.

La sanción mortal aparece — históricamente — como respuesta religiosa al pecado "mortal", como expiación y satisfacción a la divinidad. Por ello los pueblos antiguos han aplicado esa pena a todos o a casi todos los delitos y pecados graves. Por eso, con frecuencia el sacerdote-juez impone la mano al reo antes de la ejecución, para simbolizar que se transmiten a él los pecados-delitos de la comunidad.

Durante muchos siglos el mito de la sangre ha identificado ésta con la vida, y ha concedido un poder de purificación y de vindicación a la

(11) P. MONTES, *Derecho Penal*, Vol. 2.º, Madrid, 1929, p. 360. IÑAKI BARRIO-LA, *19 Condenados a Muerte*, San Sebastián, Ed. Vascas Argitaetxea, 1978, pp. 193 ss. RAMON DE GALARZA, *Diario de un Gudari Condenado a Muerte*, San Sebastián, Ed. Vascas Argitaetxea, 1977, pp. 72, 156, 186. MANUEL MENENDEZ VALDES, *Siete Meses Condenado a Muerte*, 2ª edición, Madrid, Ed. España, 1929, pp. 104 ss. PEDRO HERRERA PUGA, *Grandeza y Miseria en Andalucía. Testimonio de una Encrucijada Histórica (1578-1616)*, Granada, 1981, pp. 391 ss.

(12) BERTRAND DE MARGERIE, "Mort sacrificielle du Christ et peine de mort chez saint Thomas d'Aquin, commentateur de saint Paul", en *Revue Thomiste*, T. LXXXIII — n.º 11 (juillet-sept. 1983), pp. 395 ss. R. FABRIS, "Gesù di fronte al malati e alle esperienze di morti", en A.A.VV., *La Spiritualità del NT*, Roma, 1985, pp. 119-131.

sangre que se derrama en la ejecución capital. A veces, ese mito exigía sacrificios humanos en las fiestas populares (13).

Las sociedades primitivas ante los comportamientos victimizantes gravemente perjudiciales, no buscaban generalmente el hacer justicia sino más bien el evitar las venganzas injustas y/o las venganzas dirigidas erróneamente a personas inocentes, o el evitar o el regular las contiendas entre la víctima y sus familiares contra el delincuente y los suyos. Sólo con el transcurso del tiempo y con el desarrollo del poder se llega a la elaboración e imposición directa (desde la autoridad) de sanciones a los delincuentes (14). Esta evolución conoce, lógicamente, muchas excepciones.

Quienes detentaban el poder en las comunidades primitivas imponían y ejecutaban la pena capital en no pocos casos. Los códigos más antiguos que conocemos establecen esta pena en múltiples supuestos. El Código de Hammurabi (siglo XVIII antes de Cristo) la impone contra casi cuarenta delitos (robos, corrupción administrativa, infracciones sexuales...) (Cfr. *Código de Hammurabi*, Edición preparada por FEDERICO LARA PEINADO, Madrid, Editora Nacional, 1982, pp. 68 ss.). Las leyes sirias, del siglo XVI antes de nuestra era, establecen como pena más común la mutilación, pero también en determinados supuestos prescribían la pena capital.

En el Derecho helénico tiene gran cabida el sistema de autodefensa entre los opuestos grupos tribales o familiares, pero también la pena de muerte contra determinados crímenes, la mayoría de ellos en el ámbito religioso.

El pueblo judío, tal como aparece en el Antiguo Testamento, aplica la pena de muerte a numerosos delitos, especialmente a los relacionados con la idolatría o con algunos comportamientos sexuales. Se introduce un cambio radical en el Nuevo Testamento. A la luz del evangelio, matar al delincuente resulta innecesario, inútil e indigno. Como indica DRAPKIN, la pena de muerte en el antiguo derecho hebreo es la menos comprensible de las siete penas reguladas en las leyes bíblicas (15).

(13) JEAN-MARIE AUBERT, *Chrétien et Peine de Mort*, Paris, 1978, pp. 54 ss. MANUEL PEREZ Y DE LA MOLINA, *La Sociedad y el Patíbulo*, pp. 238 ss.

JEAN IMBERT, *La Peine de Mort*, Paris, 1972, pp. 22, 31 ss.

(14) JACQUES LECRERCQ, "Reflexions sur le droit de punir", en *Estudios Penales*. Homenaje al R.F. Julián Pereda, S.J. Preparado por A. Beristain, Bilbao, Univ. de Deusto, 1965, pp. 473 ss.

(15) ANTONIO BERISTAIN, "El catolicismo ante la pena de muerte", en BARBERO SANTOS, BERDUGO, BERISTAIN, GARCIA VALDES, y otros, *La Pena de Muerte. Seis Respuestas*, 2ª ed., Bol. Oficial del Estado, Madrid, 1978, pp. 163 ss. ISRAEL DRAPKIN, "Crimes and Punishments in Ancient Hebrew Laws, en *Festschrift für GUNTER BLAU zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin, Ed. Walter de Gruyter, 1985, pp. 613 ss.

C. THOMA, "Pena de muerte y tortura en la tradición judía", en *Concilium*, 1978, pp. 722 s.

Generalmente, las religiones y supersticiones primitivas exigían que la ejecución se llevara a cabo en público, con métodos sumamente variados y crueles, cargados de simbolismo, como el del chivo expiatorio, que ampliamente desarrolla RENÉ GIRARD (16).

Entre las técnicas de la ejecución más frecuentes en aquellos tiempos figuran: 1.º El apedreamiento. 2.º La precipitación desde una altura. 3.º La crucifixión. 4.º La vivicombustión. 5.º La asfixia por sumersión. 6.º El soterramiento del condenado, todavía vivo. 7.º El colgamiento. 8.º El empalamiento. 9.º El aplastamiento debajo de algún animal. (En la India todavía hasta el siglo XIX se colocaba al condenado debajo de un elefante.) 10.º Por azotes (especialmente en la antigua China). 11.º El envenenamiento (Sócrates). 12.º El desconyuntamiento y rotura de huesos a garrotazos. 13.º El descuartizamiento por medio de caballos tirados en diversas direcciones etc. En algunos pueblos primitivos más que en matar la ejecución consiste en dejar morir.

Todavía hoy, en todos los países árabes donde ya no rige la ley islámica, las sentencias de muerte deben ser aprobadas, como formalidad, por el *Mufti*, el erudito más importante de la comunidad respecto a las cuestiones religiosas.

En la China imperial el verdugo evitaba mirar el rostro de la víctima por temor a que el alma de la misma pudiera retornar posteriormente y aparecérselo. Actualmente, en 1987, en China la víctima es forzada a arrojarse, con las manos atadas a la espalda, y el verdugo se coloca de pie *detrás de la víctima* y suele ser un soldado o policía quien dispara a la nuca del reo, sin que éste le vea.

## II.2. *Epoca del nomocentrismo*

Con el progreso histórico de las religiones y del derecho, se va logrando una paulatina y lenta secularización del sistema judicial que cobra autonomía y se estructura sobre leyes cada vez menos sacras. Las ciencias van venciendo a las supersticiones y a la brujería. Como ejemplos se puede recordar la regulación y praxis de la pena de muerte en el mundo romano, germánico, en las monarquías absolutas y en las dictaduras hasta bien entrado el siglo XVIII... y el siglo XX.

Durante esta época la pena capital se aplica a todos los delitos graves con sistemas crueles, en público, para conseguir intimidar lo más posible a los probables futuros delincuentes. SENECA refleja el sentir popular al escribir que "cuanto más pública sea la ejecución de la pena de muerte mayor efecto se logrará para la mejora de las costumbres de los ciudadanos en general".

(16) RENÉ GIRARD, *La Violencia y lo Sagrado*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1983, pp. 129 ss. Traducción de Joaquín Jordá.

Idem, "Culture "primitive", giudaismo, cristianesimo" en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 75 ss.

En la Roma antigua, las Doce Tablas (siglo V antes de Cristo) establecen la pena de muerte contra los convictos de incendio premeditado, falso testimonio, calumnia grave, soborno... Durante la República pocos *cives romani* fueron ejecutados; en cambio, era la pena más frecuentemente aplicada a los esclavos. Al final del Imperio, como resultado del reconocimiento del cristianismo, aumentó el campo de aplicación de la pena de muerte, sobre todo en supuestos de herejía.

Los romanistas enumeran los muchos delitos que se castigaban con la pena de muerte: desde el clásico parricidio, el *crimen perduellio* (es decir, los delitos contra el Estado, los crímenes de hostilidad a la patria), el *crimen maiestatis*, hasta incluso el hurto manifiesto y el falso testimonio etc... Nos describen su ejecución (a veces precedida de flagelación para los hombres en la época republicana) mediante la crucifixión, la decapitación, la precipitación desde la roca Tarpeya, el hambre en la cárcel y en secreto (especialmente a las mujeres), el emparedamiento (especialmente a los clérigos), la decapitación por medio de la espada, el enterramiento del condenado todavía vivo, el estrangulamiento, *el culleum* etc. (17).

El Derecho germánico, según los especialistas (18), continúa sancionando todos los delitos graves con la pena capital (impuesta, a veces, arbitrariamente) ejecutada de múltiples maneras: el descuartizamiento (propio de los delitos de traición), el enterramiento en vida (especialmente a las mujeres, pero también a los hombres reos de crímenes contra la sexualidad, principalmente la violación), el enterramiento o la hoguera (mayoritariamente a las mujeres por motivos de pudor), el emparedamiento (aplicado casi siempre a los clérigos). Uno de los rasgos diferenciales del Derecho germánico es la diversidad en la ejecución de la pena de muerte según la clase del delito: la modalidad menos severa, la decapitación, se impone por los delitos relativamente menos graves. En el extremo contrario, el ahorcamiento, una de las maneras más severa y deshonrosa, solía corresponder al bandolerismo, considerado como uno de los delitos más graves. Por fin, hemos de recordar otro rasgo diferencial del Derecho germánico: al *inimicus* le corresponde la pérdida parcial de la paz, como al traidor le corresponde la pérdida general de la paz; y ambas conllevan la posibilidad de que el

(17) E. CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, pp. 176 ss., 211 ss.

JEAN IMBERT, *La Peine de Mort*, Paris, Presses Universitaires de France, 1972, pp. 30 ss.

(18) VON AMIRA, *Die Germanischen Todesstrafen*, Munich, Akademie der Wissenschaften, 1922, pp. 126 ss.

IMBERT, *La Peine de Mort*, pp. 75 ss.

JOHN LAURENCE, *A History of Capital Punishment, with Special Reference to Capital Punishment in Great Britain*, London, Kennikat Press, 1932, reimprisión 1971, pp. 14 s, 220 ss.

BARBERO SANTOS, *Pena de Muerte. (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 67 ss.

STROM, *On the Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, Lund, 1942.

delicente pueda ser matado por la familia de la víctima (venganza de la sangre) o por cualquier persona que le encuentre.

En la legislación eclesiástica durante la primera época de la Inquisición, concretamente desde el siglo XIII hasta el siglo XV, la pena de muerte fue menos frecuente de lo que algunos autores indican; ANDRÉ LAINGUI y ARLETTE LEBIGRE<sup>(19)</sup> aducen como prueba que el inquisidor Bernard Gui, del año 1307 al 1323, únicamente firmó 42 condenas de muerte.

Durante las monarquías absolutas se sigue condenando con la pena capital a muchos delincuentes, sobre todo a los que podíamos llamar delincuentes políticos.

Al menos una referencia ha de hacerse al bandolerismo en relación con la pena de muerte, tema complejo y que cuenta con abundante bibliografía<sup>(20)</sup>. JULIO CARO BAROJA, escribiendo sobre el bandolerismo como hecho histórico y materia literaria<sup>(21)</sup>, en las páginas dedicadas al bandolerismo italiano en el siglo XIV, se refiere a las leyes severas dictadas por Cola di Rienzo en los meses de junio y julio del año 1347 y la pena de muerte: de hecho "varios nobles y algunos monjes fueron ejecutados y otros presos". El bandolerismo medieval "sigue dándose con representantes en la nobleza y el sacerdocio", de manera que no es de extrañar que se condenase a muerte y se ejecutase a nobles y monjes.

La pena de muerte se practicó en la Europa premoderna con frecuencia y con brutalidad, aunque en algunas legislaciones aplicaban como sanción alternativa la mutilación (de resultados también negativos en el campo de la política criminal), los trabajos forzados y la deportación. El cenit de la pena capital en los países de la Europa Occidental debe colocarse en los siglos XVII y XVIII. Por ejemplo, las leyes inglesas de finales del siglo XVIII imponían la pena de muerte en más de doscientos delitos.

Desde la Edad Media hasta finales del siglo XVIII, el sistema penal en Europa buscaba la venganza pública y el terror. Por eso se ejecutaba la pena de muerte con métodos cuyo solo recuerdo nos horroriza: en Alemania estaba en uso el mismo suplicio que el Derecho romano clásico aplicaba al parricida, y a la mujer infanticida se le quitaba la vida a fuerza de estacazos. En Inglaterra y en Italia se arrastraba el cuerpo del sentenciado a muerte por entre zarzas y malezas, se le arrancaban las entrañas, vivo

(19) ANDRÉ LOINGUI, ARLETTE LEBIGRE, *Histoire du Droit Pénal*. Vol. 2. *La Procédure Criminelle*, Paris, ed. Cujas, 1979, p. 55.

(20) CARLOS GARCIA VALDES, *No a la Pena de Muerte*, Madrid, Edicusa, 1975, pp. 60 s.

(21) JULIO CARO BAROJA, *Realidad y Fantasia en el Mundo Criminal*, Madrid, Consejo Sup. de Investigaciones Científicas, 1986, pp. 89 ss. especialmente p. 135.

Idem, en *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, San Sebastián, ed. Universidad del País Vasco, 1985, pp. 281 ss.

todavía, para arrojarlas al fuego, y después se le dividía en cuartos. En España se le ataba a la cola de un caballo por domar, se le atenaceaba y se inyectaba en su cuerpo líquidos inflamados, como aceite hirviendo o plomo derretido (22).

La asistencia religiosa a los condenados a la pena capital ha tenido sus pros y sus contras, sus más y sus menos. Merecen destacarse algunas publicaciones a este respecto, por ejemplo las de los jesuitas Pedro de León, Friedrich von Spee (año 1631) y Jacob Schmid (23).

### II.3. *Epoca de la creación criminológica-humanista*

La Ilustración criticó con sólidos argumentos la crueldad de la pena de muerte y de todo el sistema penal tan inhumano. Recordemos los ataques de MONTESQUIEU en sus *Cartas Persas*, ya en 1721, los de VOLTAIRE etc. En España merece mencionarse la opinión del benedictino FRAY MARTIN DE SARMIENTO. El año 1762, dos años antes de la aparición del libro *Dei Delitti e delle Pene* escrito por el padre de los abolicionistas el marqués de BECCARIA, Cesare Bonesana (1738-1798), escribía así FRAY MARTIN: "Por malvado que sea un hombre, será más útil vivo que muerto a la sociedad si se le separa de ella en un sitio donde se le haga trabajar. Eso otro de que un castigo de muerte sirve para escarmentar a otros, está bien pensado, pero no corresponde en (a) la práctica. Lo que se logra no es el escarmiento, pues cada día se multiplican las maldades de todo género..." (24)

Desde finales del siglo XVIII podemos decir que — en cierto sentido — empieza a superarse la dialéctica acción criminal *versus* reacción vindicativa. Frente a la acción criminal empieza a contestarse, más frecuentemente que en tiempos anteriores, con talante humanitario; en algunos supuestos se responde con una *creación* generosa, solidaria, más allá de lo "justamente" debido.

Si en la justicia de los pueblos primitivos el centro lo ocupaban los dioses-ídolos vengadores, si después (un después cronológico sólo en cierto

(22) MANUEL PEREZ Y DE LA MOLINA, *La Sociedad y el Patíbulo*, pp. 281 ss. GARCIA VALDES, *No a la Pena...* pp. 18 ss.

L. RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. I, Londres, 1948, pp. 4 ss.

(23) PEDRO HERRERA PUGA, *Grandeza y Miseria en Andalucía. Testimonio de una Encrucijada Histórica (1578-1616)*, Granada, 1981, pp. 391 ss.

PETER BRANDT, *Die Evangelische Strafgfangenenseelsorge. Geschichte-Theorie-Praxis*, Göttingen, Ed. Vandenhoeck Ruprecht, 1985, pp. 78 ss. 174 ss. 223 y 294 ss. RADBRUCH, "Ars moriendi" en *Elegantiae Juris Criminalis*, 2ª ed., Basilea, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1950, pp. 157 ss.

(24) Cfr. ANTOLIN LOPEZ PELAEZ, *Los Escritos de Sarmiento y el Siglo de Feijó*, 1902, p. 155.

Idem, "Un precursor de Beccaria", en *Revista Contemporánea*, 1898.

sentido) lo ocupaban las leyes lógico-rationales, basadas en la venganza y dirigidas a terrorizar, ahora comienzan a ocuparlo el homocentrismo, la androgénesis comunitaria, los valores humanos, la relación yo-tú tal como en nuestros días lo desarrolla, entre otros, Martín Buber.

Esta cosmovisión alborea lentamente desde la Ilustración <sup>(25)</sup>, va iluminando la razón, el sentimiento y las entrañas de la humanidad en pro de la postura abolicionista que va ganando adeptos aunque lentamente y con demasiadas oscilaciones e involuciones. Como un indicio de estos retrocesos constatamos que hoy en algunos Estados es libre el apelar o no, mientras que ya en el siglo XVII la famosa *Ordonnance Criminelle* de 1670 obligaba a recurrir en apelación contra toda sentencia condenatoria a muerte. Esta Ordenanza estuvo vigente en Francia, desde su promulgación hasta la Revolución.

Con especial y positiva incidencia influyó Beccaria en los teóricos y en los prácticos del sistema penal, concretamente en las reformas abolicionistas de Inglaterra, Francia, Alemania, Austria y Rusia, de finales del XVIII y comienzos del XIX, como constata ORNELLA VOCCA <sup>(26)</sup>.

Beccaria encontró amplia acogida, como todos sabemos, en Lardizábal, pero en el tema de la pena de muerte éste se manifiesta más retencionista que aquél. LARDIZÁBAL mantiene la legitimidad de la pena de muerte, pero pide que se use con mucha circunspección y prudencia, reservándola precisamente y con toda escrupulosidad para solo aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria evitando la crueldad <sup>(27)</sup>.

Actualmente, en los países de nuestro ámbito cultural, los partidarios de la pena capital van perdiendo terreno, como lo muestran muchos datos sociológicos y los textos legales <sup>(28)</sup>. Las dos primeras aboliciones estatales se debieron a Leopoldo II de Toscana, en su Código promulgado el año 1786, y a José II de Austria el año 1787, como casos utópicos que no encontraron el terreno propicio para su aplicación y desarrollo. Durante el siglo XIX predomina entre los abolicionistas el deseo de la abolición

---

(25) HERBERT FLIEGER, *Todesstrafe*. "Die Würde des Menschen ist unantastbar", pp. 128 ss.

MARIO A. CATTANEO, "Morale e política nel dibattito dell'illuminismo", en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 105 ss.

(26) ORNELLA VOCCA, *Evoluzione del Pensiero Criminologico sulla Pena di Morte (Da Cesare Beccaria al Codice Zanardecki)*, Napoli, 1984, pp. 31 ss.

(27) MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre las Penas, Contraído a las Leyes Criminales de España para Facilitar su Reforma*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de Repullés, 1828, pp. 166 ss.

(28) EUGENIO CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, pp. 167, ss.

parcial. En cambio, a partir del Código italiano de 1889 empezó a reclamarse de nuevo la abolición total (29).

### III. Legislación comparada

Actualmente, según informes privados y públicos de *Amnesty International* y otros documentos (30), está abolida la pena de muerte para toda clase de delitos y en todos los tiempos en los 30 países que indicamos: Australia, Austria, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fiji, Finlandia, Rep. Federal de Alemania, Francia, Holanda, Honduras, Islandia, Kiribati, Luxemburgo, Mozambique, Nicaragua, Noruega, Nuevo Gales del Sur, Panamá, Portugal, Salomón (Is.), Suecia, Tuvalu, Uruguay, Vanuatu, Vaticano y Venezuela.

Otros 18 países han abolido la pena de muerte para todos los delitos, excepto para delitos sancionados en la legislación militar y/o delitos cometidos en especiales circunstancias, por ejemplo en tiempo de guerra. Los países son: Brasil, Canadá, El Salvador, España, Holanda, Israel, Italia, Malta, México, Mónaco, Nepal, Nueva Zelanda, Panamá, Papua (Nueva Guinea), Perú, Reino Unido de Gran Bretaña, San Marino, y Suiza. En los Estados Unidos se encuentran legislaciones diversas en sus normativas estatales respecto a la sanción capital.

Se mantiene la pena de muerte en tiempo ordinario y/o para delitos comunes en unos 133 países o territorios: Afghanistan, Albania, Algeria, Angola, Anguilla, Arabia Saudí, Argentina, Bahamas, Bahrain, Bangladés, Barbados, Bélgica, Belice, Benín, Bermuda (Isla), Bolivia, Botswana, Bután, Islas Vírgenes, Brunei, Bulgaria, Burma, Burundi, Camerún, Cayman (Isla), Rep. Central Africana, Comores (Isla), Congo, Corea del Norte (Rep. Popular Democrática), Corea del Sur, Costa de Marfil, Camboya, Cuba, Chad, Chile, China (Rep. Popular), Checoslovaquia, Chipre, Djibouti, Dominica, Egipto, Etiopía, Filipinas, Gabón, Ghana, Gambia, Grecia, Granada (América Central), Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Irán, Iraq, Irlanda, Jamaica, Japón, Jordania, Kampuchea, Kenya, Kuwait, Laos, Lesotho, Líbano, Liberia, Libia,

(29) MARC ANCEL, *La Pena Capital*, 1968, pp. 27 ss.

(30) *Amnesty International, USA THE DEATH PENALTY*, Briefing, 1987. Informe de Amnistía Internacional, *La Pena de Muerte*, Londres, 1979. Cada mes Amnistía Internacional escribe un informe público y/o privado (para sólo sus miembros) de media docena de páginas. Entre otras noticias, da cuenta de las sentencias y las ejecuciones de las cuales tiene conocimiento, indicando la ciudad, el nombre del condenado, y el motivo de la ejecución con algunos detalles. Puede consultarse la bibliografía general citada en el apartado IX.

ERIC PROKOSCH, *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 10 ss.

BARBERO SANTOS, *Pena de Muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 157 ss.

HUGO ADAM BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3ª edición, New York, Oxford, 1982, pp. 21 ss.

Liechtenstein, Madagascar, Malawi, Malasia, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mongolia, Monserrat, Mozambique, Namibia, Niger, Nigeria, Omán, Pakistán, Paraguay, Polonia, Qatar, República Central Africana, Rep. Democ. de Alemania, Ruanda, Rumania, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sudáfrica, Sri Lanka (Ceilán), Sudán, Surinam, Suazilandia (África), Taiwán, Tanzania, Tailandia, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turcos y Caicos (Islas), Uganda, Unión Repúblicas Socialistas Soviéticas, Alto Volta, Vietnam, Yemen del Norte (República Árabe), Yemen del Sur (Rep. Popular Democrática), Yugoslavia, Zaire, Zambia, Zimbabue.

En algunos de estos países — unos cincuenta — no se ha ejecutado ninguna sentencia desde 1973 por razones de política gubernamental. Así en Alto Volta, Argelia, Bélgica, Costa de Marfil, Guinea, Guyana, Seychelles.

El movimiento abolicionista va avanzando, en cierto sentido, como decíamos más arriba. Últimamente han abolido la pena de muerte: España para delitos en tiempo de paz, año 1978; Brasil para delitos ordinarios, 1979; Luxemburgo, Nicaragua y Noruega para toda clase de delitos, 1979; Perú, para delitos ordinarios, 1980; Francia para toda clase de delitos, 1981; Holanda para todos los delitos, 1982; El Salvador para delitos ordinarios, 1983; Nuevo Gales del Sur y Australia para todos los delitos, 1986.

Pero, simultáneamente, ciertos Estados miembros de las Naciones Unidas <sup>(31)</sup>, muy al contrario de progresar hacia la abolición de la pena de muerte, han aumentado el número de delitos que castigan con ella. Y, además, entre otros alejamientos alarmantes de las normas internacionales, incluyen la denegación del derecho a pedir indulto.

### III.1. *Comentario comparatista*

No disponemos de espacio para detallar o comentar la legislación y la praxis de cada país, pero sí parece oportuno añadir tal o cual consideración de algunos Estados, aunque sea brevemente.

En Europa Occidental domina la legislación abolicionista. La República Federal de Alemania, en su Constitución de 1945, en el artículo 102 de la Ley Fundamental, abolió la pena de muerte para todos los supuestos. En esta decisión parlamentaria influyó sobre todo, como indica JESCHECK <sup>(32)</sup>, la conmoción que había despertado el empleo abusivo de la pena capital en el Tercer Reich. También Austria abolió la pena de muerte total-

(31) AMNISTIA INTERNACIONAL, *Manual sobre la pena de muerte*, 1983, p. 12. MARC ANCEL, "Quelques observations sur l'abolition de la peine de mort", en *Crime and Criminal Policy*, Papers in honour of Manuel López-Rey y Arrojo, Roma, Franco Angeli, 1985, pp. 33 ss.

(32) HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, párrafo 71, Barcelona, Bosch, 1981, p. 1.054. Traducido por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde (con bibliografía).

mente en 1968, por el art. 85 de su Constitución Federal: "la pena capital queda abolida".

En Francia ha sido abolida por la Asamblea Nacional el 18 de septiembre de 1981. El presidente Mitterrand había prometido durante su previa campaña electoral que llevaría a cabo esta abolición. Desde 1959 hasta 1978 había sido impuesta la pena de muerte en cincuenta y dos casos, y ejecutada en diez y siete.

Después de prolongados debates en el Parlamento de Gran Bretaña, la sanción capital fue suprimida el año 1965 para los delitos de asesinato, por un plazo experimental de cinco años. Esta abolición fue prorrogada por tiempo indefinido el 19 de diciembre del año 1969; pero sigue vigente para los delitos de alta traición y piratería, daños e incendios en arsenales. El año 1975 la Cámara de los Comunes rechazó una moción para reimplantarla. También el año 1979, y con un margen más amplio de votantes (33). Podemos recordar que el año 1818 en Inglaterra se abolió la, hasta entonces vigente, pena de muerte a quien hurtaba bienes por un valor de 5 chelines.

Suiza abolió la pena de muerte en el Código Penal del año 1937, como resultado de apasionantes discusiones; en referendun la mayoría (escasa) aprobó esta abolición. Holanda la suprimió el año 1870 en el campo civil, pero la introdujo para delitos de guerra el año 1943.

Entre los países abolicionistas *de facto* hemos de citar a Bélgica. Su Comisión para la revisión del Código Penal votó en favor de la abolición *de iure*. El día 5 de abril de 1979, ocho miembros de la Comisión votaron por la abolición total y dos por la abolición en tiempos de paz, y seis votaron en favor de la permanencia de esta pena en la ley, pero pidieron que sólo en tiempos de guerra pueda ejecutarse (34). Dos miembros no estuvieron presentes.

Todavía hoy la legislación belga conserva la pena capital. Por un delito civil (asesinato) la última ejecución se llevó a cabo el año 1918. Pero, por delitos contra la seguridad exterior del Estado han sido muchos los ejecutados. Ultimamente, desde 1944 hasta 1951, lo han sido 242 por colaboración con el adversario durante la contienda bélica (35). En junio de 1975 se

(33) LUIS ARROYO ZAPATERO, "La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña, en *Homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 11 ss. Cfr. ROYAL COMMISSION on Capital Punishment 1949-1963, *Her Majesty's Stationery Office*, London, 1963. Murder Act, 8 de noviembre de 1965 (Abolition of Death Penalty).

(34) MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commission pour la Revision du code pénal, Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruselas, 1979, pp. 83 ss. COUNCIL OF EUROPE, *Protocol nº 6. To the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty*. Strasbourg, 28-4-1983.

(35) RAYMOND SCREVENS, "La Peine de Mort en Belgique", en *Pena de Morte*, Tomo I, *Comunicações, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1967, pp. 233 ss.

ha incluido entre los delitos sancionados con la máxima pena (discrecional) el secuestro cuando se mata o tortura a la víctima, y en junio de 1976, para el delito de secuestro de un avión si como resultado se provoca la muerte. Desde el año 1951 las solicitudes de clemencia siempre han tenido éxito y no se ha ejecutado ninguna pena de muerte (desde finales de la Segunda Guerra Mundial) <sup>(36)</sup>. La Comisión para la revisión del Código Penal, en las 176 páginas de sus observaciones acerca del anteproyecto (marzo 1986), no hace comentario alguno acerca de la pena de muerte. El mismo año 1966, el Gobierno belga firmó el Protocolo n.º 6, de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales respecto a la abolición de la pena de muerte, por lo que este año 1987 deberá adoptar la abolición *de iure*. En este sentido se ha manifestado el Comisario real para la reforma del Código Penal, el profesor R. Legros (Cfr. *Moniteur belga*, diciembre 1986, p. 152); pero no trata de la abolición en el Código Penal Militar.

La legislación penal vigente en el Estado Vaticano, a tenor del Concordato con Italia, desde el 7 de junio de 1929 hasta el 1.º de agosto de 1969, establecía la pena de muerte para el delito de atentar contra la vida, la integridad y la libertad personal del Romano Pontífice y de los Jefes de Estado extranjeros, en el supuesto de reciprocidad respecto a estos últimos. Desde 1969 quedó abolida esta histórica sanción.

Los países de Europa Oriental mantienen la pena de muerte. La República Democrática Alemana para los delitos políticos y militares más graves y para el asesinato, según el párrafo 60 de su Código Penal, por motivos de la "naturaleza agresiva y antihumana del Imperialismo" <sup>(37)</sup>.

En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) dieciocho delitos pueden sancionarse en tiempos de paz con la pena capital. El art. 23 del Código Penal de la Unión actualmente vigente considera la pena de muerte como "una medida de castigo excepcional". Según el Comentario oficial del año 1971 acerca del Código, se declara que "la tendencia es hacia la abolición completa tan pronto como las condiciones se den, es decir, antes de la liquidación final de la criminalidad y del remplazo del castigo por métodos de influencia social"... y se añade que un tribunal puede dictar esta pena "sólo allí donde la necesidad quede indicada por circunstancias especiales que agravan la responsabilidad del culpable y por la peligrosidad excepcional de su carácter", es decir, en la línea del derecho penal del autor, más que del derecho penal de hecho <sup>(38)</sup>.

(36) AMNISTIA INTERNACIONAL, *La pena de muerte*, Londres, 1979, pp. 121 s.

(37) JESCHECK, *Tratado*, Barcelona, 1981, p. 1.057.

(38) FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, *Das Strafrecht des realen Sozialismus. Eine Einführung am Beispiel der DDR*. Westdeutscher Verlag. Opladen, 1983, pp. 146 s. También admite la pena capital el Código Penal cubano de 1º de marzo de 1979, Ley n.º 21, a tenor de su artículo 29. Cfr. *Das kubanische Strafrecht vom 1 März 1979*. Traducido por SEMON y FRANKE, con una introducción de GÜNTER BLAU, Berlin, ed. Walter de Gruyter, 1983.

El nuevo Código Penal yugoslavo, vigente desde el 21 de julio de 1977, aumentó el número de delitos sancionados con la pena de muerte. Lo mismo ocurre en Rumanía desde el 1.º de enero de 1969, fecha de la entrada en vigor del nuevo Código Penal. La pena de muerte se encuentra, al menos, en los siguientes artículos 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 176, 223, 224, 225, 358...

Desde el año 1970, el Código Penal polaco (de 1969) sanciona con la pena de muerte dos delitos ordinarios (homicidio doloso y robo a mano armada) y otros siete de especial gravedad. La ejecución se realiza en la horca. Pero el personal militar es fusilado. Según RATAJCZAK (39), los Tribunales procuran aplicar prudentemente la pena de muerte (sehr zurückhaltend anzuwenden).

La Corte Suprema de Estados Unidos declaró inconstitucional la pena de muerte el 29 de junio de 1972. Anteriormente el 18 de febrero de ese mismo año también la había declarado inconstitucional la Corte de California en su Estado. Se apoyaban ambas Cortes en que la pena capital es contraria a la Enmienda octava de la Constitución, según la cual se prohíben las penas "cruelles e inusitadas (o inhabituales)". Se criticaba seriamente las arbitrariedades procesales en los juicios capitales y la falta de certeza en la tipificación de los delitos sancionados con la pena máxima.

En la Corte Suprema Federal la sentencia obtuvo cinco votos en favor y cuatro en contra (40). Como indica ZAFFARONI, "en el fondo del debate se descubre un serio problema político respecto a la función que debe cumplir la Corte Suprema". Los cinco votantes abolicionistas, con óptica dinámica, juzgan la función de la realidad cambiante frente a los cuatro retencionistas que conciben el ejercicio de su función meramente como de vigilancia, conservadora.

Después de que la legislación penal en 34 Estados había circunscrito los casos en que la pena capital podía imponerse y había limitado las anteriores facultades arbitrarias de los tribunales, el año 1976 la Corte Suprema declaró (por siete votos contra dos) que la pena de muerte es constitucional pero no puede ser prevista en la ley como pena absoluta.

Actualmente, a la luz del informe de Amnesty International (año 1987), se puede decir que los siguientes Estados carecen de leyes vigentes

(39) ALEKSANDER RATAJCZAK, "Zur Entwicklung des Strafrechts in der Volksrepublik Polen", en *Festschrift für GUNTER BLAU zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, pp. 539, 547. Otras consideraciones, MARIAN CIESLAK, "Principios y tendencias de política criminal en la república popular de Polonia", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, p. 46, traducción de Agustín Zugaldía Espinar.

(40) SCARFONE, "The mandatory death penalty for murder by lifers: foregoing procedural safeguards on the illusory promise of deterrence", en *Syracuse Law Review*, 1986, pp. 1.303 ss. J. F. BRESNAHAN, "La pena de muerte en EE.UU.", en *Cocillium*, 1978, pp. 675 ss.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1983, pp. 100 s. (con bibliografía).

sobre la pena de muerte: Alaska, Hawaii, Iowa, Kansas, Massachusetts, Maine, Michigan, Minnesota, North Dakota, South Dakota, West Virginia y Wisconsin. No hay pena de muerte en los territorios de Guam, Puerto Rico, Islas Vírgenes de los EE.UU., o en el Distrito de Columbia.

Sí retiene la pena de muerte el Código Uniforme de Justicia Militar. Hasta noviembre de 1985, este Código sólo permitía la pena de muerte para delitos cometidos en tiempo de guerra. Pero, en noviembre de 1985 el Presidente Reagan introdujo una enmienda al Código — the Department of Defense Authorization Act. 1986 — extendiendo la pena de muerte al personal militar condenado por espionaje cometido en tiempo de paz. Un soldado se encuentra actualmente condenado a muerte por esta ley militar, pero ha recurrido contra la sentencia. La última ejecución a tenor del Código Militar se llevó a cabo en 1961.

Casi cuatro mil ejecuciones tuvieron lugar en Estados Unidos desde 1930 hasta 1963. Según Amnistía Internacional, el año 1976 había 582 personas condenadas en espera de una posible ejecución; de ellos 300 negros, 260 blancos, 13 chicanos, 8 indios y un portorriqueño.

El 9 de enero de 1985 fue ejecutado Roosevelt Green, un joven negro de 28 años que se declaró inocente del asesinato de una estudiante blanca. Poco antes de morir manifestó que los jueces cometían una grave injusticia. Pasó sus últimas horas de vida viendo la televisión, y rechazó la comida final a base de pastel de huevo. Su muerte en la silla eléctrica fue contemplada por su madre, por voluntad expresa del joven; también contemplaron la escena una docena más de testigos. El Tribunal Supremo de EE.UU. se había negado a aplazar la ejecución, y las autoridades judiciales de Georgia rechazaron la petición de clemencia presentada por los abogados. Esta ejecución hacía la número 34 en todo el país norteamericano desde que el Tribunal Supremo reimplantó la pena capital el año 1976.

A lo largo del mes de agosto de 1986 se han ejecutado varias penas de muerte en los Estados Unidos. Por ejemplo, en el Estado de Tejas, el día 20 de agosto una ejecución con inyección letal. El ejecutado, Randy Lynn Woolls, de 36 años, había asesinado, el día 16 de junio de 1979, a una encargada de vender localidades en un cine al aire libre para automovilistas en la localidad tejana de Kerrville. Se llamaba Betty Stotts, de 44 años; fue golpeada, acuchillada en el cuello y quemada viva. Woolls ocupó, después, el lugar de venta de su víctima y continuó su trabajo hasta recaudar quinientos dólares. Acto seguido introdujo a Betty en el auto de ella y se metió en el cine, donde fue detenido por la policía mientras veía la película sentado junto al cadáver de la mujer. El asesino declaró que le parecía injusto ser condenado a muerte por un crimen que no recuerda, porque lo realizó bajo los efectos de las drogas. La última cena de Randy Lynn Woolls estaba compuesta por dos hamburguesas con queso, patatas

fritas y te frío. Un portavoz de la prisión manifestó que estaba un poco nervioso cuando fue trasladado a la cámara de la muerte, a 25 kms. de la prisión local. Una hija de Betty, Deborah, manifestó que su madre era muy religiosa y que pocos días antes del crimen había sentido que le llegaba la muerte y dejó una nota escrita a su marido y a sus cuatro hijos.

Pocos días después, el 26 de agosto, fue ejecutado también con una inyección letal Chester Lee Wicker, de 37 años, por haber enterrado viva a una joven en una playa. Esa misma semana fue ejecutado otro asesino convicto en el mismo Estado de Tejas, en el que se restableció la pena capital el año 1982. Desde aquel año 1982 se ha ejecutado en Tejas a 19 personas.

El día 11 de septiembre de este mismo año 1986 ha sido ejecutado el joven Charles Francis Rumbaugh, de 28 años, que se declaró culpable del asesinato de un joyero en 1975, cuando él tenía 17 años. Fue ejecutado mediante una inyección letal. Charles Rumbaugh fue condenado a la pena capital por asesinato y el robo subsiguiente de 54 dólares. El haberse llevado a cabo esta condena fue fuertemente criticado por Amnistía Internacional, pues con ella se violaban los acuerdos internacionales — nunca ratificados por Estados Unidos — en los que se prohíbe la ejecución de quienes cometieron sus delitos cuando eran menores de 18 años.

En teoría, la Asociación Médica de EE.UU. permite a los médicos actuar únicamente como consejeros en la ejecución por medio de una inyección letal, sin participar directamente en ella. De hecho, el médico prescribe el fármaco que se debe utilizar así como la dosis apropiada y certifica si el reo tiene las venas adecuadas para ser ejecutado, incluso certifica la necesidad de una nueva inyección en caso de que la víctima no haya fallecido con la primera<sup>(41)</sup>.

Durante el siglo XIX y comienzos del XX muchos gobiernos, en América Latina, abolieron la pena de muerte; pero recientemente ha habido una tendencia a reintroducir dicha pena, especialmente en épocas de agitación política o en casos de gobiernos dictatoriales o tras un golpe militar, como ocurrió en los años sesenta y setenta en Argentina, Bolivia, Brasil y Chile. En este último país durante los seis primeros meses siguientes al golpe militar, en setiembre de 1973, se dice que hubo varios miles de ejecuciones. En Cuba se efectuaron numerosas ejecuciones sumarias en el período inmediatamente posterior a la revolución de 1959.

Al menos siete países americanos han abolido la pena de muerte desde el año 1975: Argentina, Brasil, Canadá, El Salvador, México, Nicaragua y Perú.

Aparte y además de las sentencias de muerte impuestas judicialmente, en algunos países latinoamericanos, particularmente en Argentina y Guate-

(41) J. KEVORKIAN, "Opinions on capital punishment, executions and medical science", en *Medicine and Law*, 1985, pp. 515 ss.

mala, los grupos paramilitares, tolerados o apoyados por la autoridad gubernamental y militar, han llevado a cabo gran número de asesinatos, de detenciones ilegales y de desapariciones. Estas y las matanzas y muertes bajo tortura son frecuentes en Brasil, Chile, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Paraguay, Uruguay ... (42).

Cinco razones fundamentales aduce ZAFFARONI (43) para probar que en Argentina la "llamada pena de muerte" es inconstitucional: no es una pena, constituye una forma de tormento proscrita por el art. 18 constitucional, es un medio groseramente inadecuado para la obtención del fin propuesto por la ley, viola el art. 18 al imponerse por causa política, y subvierte el orden de valores señalado por la Constitución nacional.

La legislación japonesa permite la pena de muerte para diez y siete delitos (por ejemplo matar a alguien en duelo), y la impone preceptivamente para el supuesto de incitación a la agresión extranjera. Estuvo abolida desde el año 810 hasta el 1156 durante el período Heian. Desde 1896 el método de ejecución es la horca (artículo once del Código Penal) que se lleva a cabo en siete prisiones, y se dice que cada una tiene su propio verdugo. Las ejecuciones son secretas y no se anuncian públicamente. La única información de que se dispone proviene de estadísticas que el Ministerio de Justicia edita periódicamente. El Ministerio señala que este secreto protege a las familias de los presos de la vergüenza de que se sepa que sus familiares han sido ejecutados. El corresponsal de la Agencia Reuters, a tenor de noticias no totalmente confirmadas, considera que entre 1954 y 1974 se ahorcó en Japón a 336 personas. Según otras informaciones que se conocen, el número de ejecuciones que se llevan a cabo ha disminuido durante los últimos cien años: en la década de 1880 eran unas 200 ejecuciones anuales, y desde 1971 son un promedio de veinte al año. Los años 1979, 1980 y 1981 tuvo lugar sólo una ejecución cada año. En julio de 1983, Sakae Menda fue encontrado inocente en un nuevo proceso después de haber estado internado durante 33 años en el pabellón de la muerte, acusado de asesinato.

Datos de interés especial ofrece JOSÉ LLOMPART, catedrático de Sophia-Universität (Tokyo), en su trabajo "Die Vollstreckung der Todesstrafe in Japan", todavía inédito, que aparecerá en *The Review of Comparative Law and Criminology*, de la Universidad "Katolicki Uniwersytet Lubelski", de Lublin.

---

(42) ALESSANDRO BARATTA, "Aspetti extragiudiziali della pena di morte", en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, 1983, pp. 175 ss.

BERDUGO, "La pena de muerte en el actual derecho iberoamericano", en *La Pena de Muerte 6 Respuestas*, 1978, pp. 87 ss. AMNISTIA INTERNACIONAL, *La pena de muerte*, 1979, pp. 121 s. LOPEZ-REY, *Criminalidad y Abuso de Poder*, Madrid, 1983, pp. 92 ss.

(43) E. R. ZAFFARONI, *Op. cit.*, Buenos Aires, T.V., pp. 92 ss.

Según Llompart, desde 1946 hasta 1971 fueron ejecutadas en Japón 510 personas (el 80% de las condenadas en ese período); de 1966 a 1980 fueron ahorcadas 140 personas. Desde 1955 a 1984 LLOMPART ha recogido los datos siguientes:

<i>Año</i>	<i>Sentencias condenatorias a muerte</i>	<i>Número de ejecuciones</i>	<i>Condenados a muerte en espera de ejecución</i>
1955	15	32	62
1956	24	11	75
1957	27	39	62
1958	20	7	76
1959	14	30	57
1960	33	39	51
1961	22	6	69
1962	13	26	56
1963	17	12	61
1964	9	0	70
1965	7	4	72
1966	13	4	81
1967	14	23	71
1968	11	0	82
1969	11	18	71
1970	14	26	58
1971	6	17	48
1972	8	7	47
1973	4	3	49
1974	2	4	46
1975	3	17	29
1976	2	12	18
1977	2	4	16
1978	4	3	17
1979	4	1	20
1980	7	1	26
1981	3	1	28
1982	1	1	28
1983	1	1	27
1984	3	1	27

El artículo 475 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al Ministro de Justicia a ordenar la ejecución dentro de los seis meses después de la sentencia firme. El artículo siguiente (476) determina que la ejecución debe llevarse a cabo dentro de los cinco días siguientes. En la práctica, con mucha frecuencia, los Ministros de Justicia no cumplen el plazo de los seis meses. En algunos casos se alarga varios años y decenios; por ejemplo, Sadamichi Hirasawa fue condenado a muerte el 7 de mayo de 1955, pero en abril de 1987 todavía está en la cárcel esperando (más de treinta años) el día de su ejecución. El número de las personas condenadas a muerte que esperan en la cárcel el día de su ejecución es muy elevado, más de 70 y de 80 personas en algunas ocasiones. El permanecer en la cárcel a la espera de la orden ministerial de ejecución se considera como parte de la pena capital, por lo que esta pena no prescribe, si el reo está en prisión, aunque transcurran los 30 años que señala como plazo de prescripción el artículo 32.1 del Código Penal.

Todos los países del Oriente Medio (Egipto, Irán, Iraq, Israel, Jordania, Libia, Siria y el Yemen) admiten la pena de muerte para asesinatos y para otros delitos específicos contrarios a la seguridad interna y externa del Estado. Siguiendo las orientaciones del Corán, la ley islámica sanciona el asesinato voluntario con la pena capital. Esta ley, considerada como revelación divina, pretende regular el orden público y no menos las normas morales de conducta de los ciudadanos. Lógicamente se aplica la pena de muerte para el delito de apostasía<sup>(44)</sup>.

Con la única excepción de Hong Kong, en todos los países asiáticos existen disposiciones legales que prevén la pena de muerte. En muchos de ellos principalmente por delitos que ponen en peligro o perturban el orden público. Tal sucede especialmente en la República Popular China. En ésta ha habido procesos masivos; sus condenados han sido ejecutados inmediatamente después de finalizado el proceso. El 1.º de enero de 1980 entró en vigor el nuevo Código Penal chino que enumeraba siete delitos ordinarios y catorce "contra revolucionarios" castigados con la pena de muerte, en último caso, cuando sea "de naturaleza particularmente abominable que causen serio daño al pueblo y al Estado". Desde 1980 la nueva legislación ha introducido la pena de muerte para otros 23 delitos. Por ejemplo: robo, malversación de bienes, lucha entre pandillas, vivir de ganancias inmorales, organización de una sociedad secreta, molestar a las mujeres, comunicar métodos para cometer crímenes etc.

En agosto de 1983 las autoridades chinas iniciaron una campaña nacional contra el crimen. En los meses de agosto, septiembre y octubre

(44) G. VASSALLI, "En marge du droit pénal islamique", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, París, Pedone, 1980, pp. 75 ss.

AHMAD ABD AL-AZIZ AL-ALFI, "Punishment in Islamic Criminal Law", en BASSIOUNI, *The Islamic Criminal Justice System*, New York, Oceana Publications, 1982, pp. 227 ss. M. ARKOUN, "Pena de muerte y tortura en el pensamiento islámico", en *Concillium*, 1978, pp. 732 ss.

se dice que efectuaron decenas de miles de detenciones y llevaron a cabo miles de ejecuciones. Amnistía Internacional según la publicación *China*, serie *Documentos*, editada en Londres (septiembre, 1984), registró más de seiscientos ejecuciones durante esos tres meses. En concreto, el 23 de agosto de 1983, en Pekín fueron ejecutadas 30 personas en un estadio ante una gigantesca concentración de unas cien mil personas. Durante estos meses el límite para la apelación quedó reducido de diez a tres días. Por ejemplo, dos jóvenes Cao Gourong y Xu Sianping fueron ejecutados seis días después de haber ocurrido el crimen por el que fueron condenados. La ley imperial china fue más humana que sus contemporáneas legislaciones occidentales. Por ejemplo, el hurto merecía la pena de muerte sólo cuando el valor de lo hurtado equivalía a más de 120 onzas de plata o había sido cometido por tercera vez, por una misma persona, con un valor de 50 onzas de plata en cada oportunidad.

Algunos países como Birmania, Filipinas, Formosa, Indonesia, Malasia y Singapur aplican la pena de muerte por delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes. Las autoridades de Indonesia confirmaron el 9 de octubre de 1986 que habían sido ejecutadas nueve personas comunistas condenadas por participar, 21 años atrás, en un intento de golpe militar.

23 países han introducido la pena de muerte últimamente para delitos relacionados con la droga, 6 de ellos después del año 1986. En concreto en Africa, Mauricio (1986). En Norteamérica, los Estados de Arizona y Florida. En Asia, Brunei Darussalam (1982), Burma (1974), China (1982), Indonesia (1976), la República de Corea del Sur (1961), Malasia (1975), Filipinas (1972), Singapur (1975), Sri Lanka (1984), Taiwan (1950 ó antes), Tailandia (1961). En Europa, Turquía. En Oriente Medio, Algeria, Bahrein (1984), Egipto (1966), Irán (1959), Iraq, Jordania, Kuwait, Siria, Emiratos Arabes Unidos (1986). (Amplios detalles en AMNISTIA INTERNACIONAL, *Informe ACT 5/39/86*, Distr: SC/DP/PO/CO/GR/PG, diciembre 1986).

La mayor parte de los gobiernos africanos admiten la pena de muerte, pero la frecuencia con que se impone y aplica varía grandemente de un país a otro. En muchos se condena y ejecuta a personas acusadas de delitos políticos tras juicios sumarísimos. Las tasas de ejecuciones capitales en Suráfrica, desde hace varios años, es una de las más altas del mundo.

### III.2. *Antecedentes inmediatos y legislación actual en España*

La pena de muerte ha estado vigente en la práctica y en la legislación penal española desde sus comienzos<sup>(45)</sup>. Salvo excepciones que aquí y

(45) M. BARBERO SANTOS, "La peine de mort en Espagne. Histoire de son abolition", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, París, Ed. A. Pedone, 1980, pp. 103 ss.

(Continua)

ahora no podemos comentar, los adversarios contra esta pena capital empiezan a manifestarse desde mediados del siglo XVIII.

La Comisión General de Codificación, nombrada por Real Decreto de 19 de agosto de 1843, encargada de la preparación del Código Penal de 1848, se disuelve por Decreto de 31 de julio de 1846. Antes, en sus reuniones del 12 y 14 de noviembre de 1844, se preocupó de evitar la posibilidad de que la pena de muerte pudiera resultar impuesta por el juego de las reglas de agravación en delitos que no tengan expresamente establecida esa pena. Insistieron en este sentido Vizmanos y Luzuriaga.

Como resultado de estas preocupaciones, el Presidente de la Comisión observó que para poder imponer la pena de muerte no debía bastar la concurrencia de cualquier circunstancia agravante, sino que debían concurrir determinadas de ellas por lo que al primer párrafo del artículo 111 se añadió <sup>(46)</sup>: "salvo lo que se determina para casos especiales". Así, se lograba impedir la aplicación de la pena de muerte a los casos en que no viniese señalada de forma específica por la ley. Este deseo de limitar la aplicación de la pena capital, determinó la elaboración de otros preceptos como el del artículo 75 tal como se ha mantenido, con ligeras modificaciones, hasta nuestros días (hasta la reforma de 25 de junio de 1983).

En 1854, MANUEL PEREZ Y DE LA MOLINA, en su extenso libro *La Sociedad y el Patíbulo o La Pena de Muerte Histórica y Filosóficamente Considerada*, expone amplia y sistemáticamente sus profundas convicciones en contra de la tremenda pena de muerte que tiene en su favor el voto de muchísimos hombres respetables por su ciencia y por sus talentos y que se haya encarnada en todas las sociedades y en todos los pueblos de que nos habla la historia. Comenta las principales razones que, en su opinión,

(Continuação da nota 45)

CARLOS GARCIA VALDES, *No a la pena de muerte*, Madrid, Edicusa, 1975, pp. 53 ss.

CARLOS GARCIA VALDES, *La Pena Capital. Estado Actual*, Madrid, 1979.

CONCEPCION ARENAL, "El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte", en *Obras Completas de Concepción Arenal*, tomo XII, Madrid, 1896.

GERARDO LANDROVE DIAZ, "¿Es legalmente ejecutable la pena de muerte en España?", en *Ensayos Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974, pp. 45 ss.

GERARDO LANDROVE DIAZ, "La abolición de la pena de muerte en España", en *Anuario de Derecho Penal*, fasc. I (1981), pp. 17 ss.

J. BOIX REIG, "Comentario al Proyecto de Ley sobre abolición de la pena de muerte en el Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, pp. 207 ss.

ALFONSO SERRANO GOMEZ, "Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España", en *Anuario de Derecho Penal*, fasc. III (1982), pp. 609 ss.

(46) MANUEL GALLEGO DIAZ, *El sistema Español de determinación legal de la pena*, Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal, Madrid, Ed. ICAI, 1985, pp. 127 ss. 172 ss.

muestran la ausencia "de las cualidades que deben concurrir en los buenos castigos, y en cuya defensa no sabemos que se aleguen más que argumentos, ineficaces todos, o porque son negativos, o porque carecen de la robustez necesaria. Uno por uno lo hemos ido examinando, y uno por uno también creemos haberlos dejado todos refutados" (47).

Merece recordarse los intentos y/o proyectos de abolición más o menos total en los años 1854 y 1859 (abolición de la pena de muerte para los delitos políticos), y de la abolición total en los años 1896 y 1906 (48). El Proyecto de Código Penal de Montilla de 1902 no incluía la pena de muerte.

Quedó abolida por primera vez la pena de muerte en la Segunda República, por el nuevo Código Penal de 1932 que se publicó en la *Gaceta* de 5 de noviembre de 1932, y entró en vigor el 1.º de diciembre de dicho año, pero fue restablecida por Ley de 11 de octubre de 1934 (en la legislación especial común), prorrogada por Ley de 20 de junio de 1935. El régimen franquista la restableció (Ley de 5 de julio de 1938) por considerarla necesaria y que "se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero", según dice su Exposición de Motivos. Lógicamente esta pena figuró en el Código Penal de 1944 y perduró hasta 1978. Desde esta fecha ha sido abolida "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra", a tenor de lo establecido en el art. 15 de la Constitución de 1978.

El Real Decreto Ley 45/1978 de 21 de diciembre (BOE 23 diciembre 1978) adaptó al imperativo constitucional algunos preceptos legales del Código de Justicia Militar, de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea y de la Ley Penal y Disciplinaria de Marina Mercante. Adaptación discutidamente comentada por RODRIGUEZ DEVESA (49). Después indicaremos la legislación militar vigente actualmente en España.

#### IV — Datos y estadísticas internacionales

Para conocer con mayor aproximación criminológica, epistemológica y victimológica los múltiples problemas de la pena de muerte en los últimos años y en la actualidad, ayudará recoger algunos datos meramente cuantitativos y/o cualitativos — lo más objetivos posible — que brindan las publicaciones recientes. Escasean los estudios acerca de las cualidades, circunstancias fácticas objetivas y subjetivas de los jueces, de los crímenes,

(47) M. PEREZ Y DE LA MOLINA, *La Sociedad y el Patíbulo, o la Pena de muerte Histórica y Filosóficamente Considerada*, 1ª ed., 1854, p. 375, 2ª edición, Madrid, 1878.

(48) J. MONTES, *Derecho Penal*, 2ª edición, vol. II, Madrid, 1929, p. 369.

(49) J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1981, pp. 837 ss. (con bibliografía).

etc., que directa o indirectamente motivaron o contribuyeron a las condenas a muerte. Entre los más recientes estudios podemos citar el de H. CULVER (50) sobre los rasgos personales de los 32 ejecutados en EE.UU. desde 1977 hasta 1984. Recientemente se estudia con especial atención las relaciones del poder político, del delincuente y el juez con la víctima (51).

De finales del siglo XIX y comienzos del XX merecen recordarse las siguientes cifras seleccionadas por el PADRE MONTES (52).

	<i>Periodo</i>	<i>Condenados</i>	<i>Ejecutados</i>	<i>Indultados</i>
España:	1867-1899	1.145	398	747
	1900-1911	368	37	331
	1867-1911	1.513	435	1.070
Inglaterra:	1901	43	32	11
	1903	55	41	14
Bélgica:	1857-1863	100%	3%	97%
Francia:	1873-1880	199	68	131

Desde 1826 hasta 1980 se conoce el número de guillotinos en Francia, así como la proporción de homicidios por 100.000 habitantes (53).

(50) JOHN H. CULVER "The states and capital punishment: executions from 1977-1984", en *Justice Quarterly*, Washington, 1985, pp. 567 ss.

(51) MANUEL LOPEZ-REY, *Criminalidad y Abuso de Poder*, Madrid, ed. Tecnos, 1983, pp. 98 ss., R. PATERNOSTER, "Prosecutorial discretion in requesting the death penalty: a case of victim-based racial discriminations", en *Law and Society Review*, 1984, pp. 437 ss., G.E. DIX, "Psychological abnormality and capital sentencing. The new diminished responsibility", en *International Journal of Law and Psychiatry*, pp. 249-267., R. SAMUEL GROSS y ROBERT MAURO, "Patterns of death: an analysis of racial disparities in capital sentencing and homicide victimization", en *Stanford Law Review*, 1984, pp. 27-153.

(52) J. MONTES, *Derecho Penal Español*, vol. II, Madrid, 1929, pp. 370 ss.

(53) J. M. BESSETTE, *Il était une fois... la guillotine*, Paris, Ed. Alternatives, 1982, pp. 104.

**GUILLOTINADOS      Homicídios**  
(números absolutos) (por 100.000 habitantes)

1826/1830	360	1'24
1831/1835	154	1'29
1836/1840	147	1'12
1841/1845	178	1'07
1846/1850	160	1'19
1851/1855	158	1'01
1856/1860	120	0'76
1861/1865	63	0'69
1866/1870	47	0'74
1871/1875	75	0'84
1876/1880	30	0'78
1881/1885	21	0'92
1886/1890	42	0'89
1891/1895	59	0'91
1896/1900	27	0'80
1901/1905	11	0'83
1906/1910	25	1'08
1911/1915	32	1'06
1916/1920	40	
1921/1925	67	1'30
1926/1930	47	0'83
1931/1935	37	1'12
1936/1940	33	1'06
1941/1945	44	4'64
1946/1950	121	0,82(17'68 en 1944)
1951/1955	26	0'59
1956/1960	14	1'66
1961/1965	5	1'21
1966/1970	3	0,78
1971/1975	3	0,87
1976/1980	3	0'93

Respecto al siglo XX MARC ANCEL, en el estudio publicado por las Naciones Unidas, ofrece múltiples datos concretos a nivel internacional.

MIDDENDORFF-KAISER <sup>(54)</sup> se refieren a su propia patria. Según ellos, durante el período bélico 1939-1945, se calcula, aunque no se conoce con exactitud, que los tribunales civiles alemanes, desde el comienzo de la guerra hasta 1943, dictaron unas 8.359 sentencias de muerte. Desde esa fecha hasta el final de la contienda dictaron unas 18.141. Desde la terminación de la guerra hasta 1949 se dictaron 34; de ellas se ejecutaron 24. Durante la primera guerra mundial, 1914-1918, los tribunales civiles alemanes sólo dictaron 141 sentencias de muerte. El 23 de mayo de 1949 quedó abolida totalmente la pena de muerte.

M. BUCHHORN <sup>(55)</sup> detalla el número de condenados a muerte y de ejecutados en Alemania desde 1933 a 1939, así como el volumen de las condenas a muerte en el período 1940-1943.

Año	Condena	Tribunal Popular	Ejecuciones
1933	78	—	64
1934	102	4	79
1935	98	9	94
1936	76	10	68
1937	86	32	106
1938	85	17	117
1939	139	?	219

(54) GUNTHER KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 1984, capítulos 15 y 20. IDEM, "Wozu Todesstrafe? Die Todesstrafe aus Kriminologischer Sicht", en EVANGELISCHE AKADEMIE HOFGEISMAR, *Die Drohung mit dem Tod oder das Leben mit der Todesstrafe*, Akademietagung, 27-29 August 1976, pp. 1 ss. Más detalles en BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Bulletin, Capital Punishment 1984*, U.S. Department of Justice, Agosto 1985.

(55) M. BUCHHORN, "Sie haben es nichts anders verdient"... *Zur Diskussion um die Todesstrafe*, Basel, Baltz Verlag, 1979, p. 7.

En los años 1940, 1941 y 1943 parece se condenó a muerte a 250, 1.292 y 5.336 personas respectivamente.

Según el reciente estudio de JÖRG FRIEDRICH <sup>(56)</sup>, los jueces alemanes condenaron a muerte en el tiempo del Nazismo, de 1933 a 1945, a 32.000 personas, la mitad en juicios civiles y la mitad en juicios militares. De estos 32.000, 30.000 fueron condenados entre los años 1941 a 1944. Desde 1942 a 1945 el número de ejecuciones fue un promedio de 720 cada mes, cifra incomparable con los 291 condenados en los tribunales militares y civiles durante la guerra de 1914 a 1918.

En los Estados Unidos, a tenor del especialista Th. SELLIN <sup>(57)</sup>, desde el año 1930 al 1965 fueron ejecutadas 3.856 personas; de ellas el 86,3% por asesinato, el 11,7% por delitos de violencia física. Se puede observar una tendencia a disminuir el número de ejecuciones: por los años 1930 el término medio era de 166 ejecuciones anuales; en cambio, por los años 1960 era de 56 ejecuciones anuales. El año 1960 había 210 condenados a pena de muerte en las cárceles norteamericanas; el año 1965 había 331.

Recientemente Amnistía Internacional en su informe USA, THE DEATH PENALTY, BRIEFING <sup>(58)</sup>, publica el número de ejecuciones en Estados Unidos en cifras ascendentes: desde 155 ejecuciones en la década de 1890, a más de 1.000 durante la década de 1920. Mayor fue el número de ejecuciones en la década de 1930, llegando al máximo en el año 1935 con 199 ejecuciones. Posteriormente, el número de ejecuciones ha disminuido a menos de 100 anuales hasta 1950. Hacia 1960 fueron escasas las ejecuciones. La mayor parte de las ejecuciones, desde 1900 hasta 1967, se llevaron a cabo en los países meridionales de Estados Unidos. Entre 1930 y 1967, un total de 3.829 personas fueron ejecutadas en Estados Unidos. Desde 1967 no se han llevado a cabo ejecuciones hasta enero de 1977. Entre 1977 y 1986 casi el 90% de las personas ejecutadas han sido por delito de asesinato a personas blancas, aunque el número de negros víctimas de asesinato ha sido casi el mismo que el de personas de raza blanca. Al menos 32 jóvenes, entre 15 y 17 años, se encuentran condenados a muerte en 15 Estados norteamericanos, en octubre de 1986.

---

(56) JÖRG FRIEDRICH, *Freispruch für die Nazi Justiz. Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Hamburg, Reinbek bei Ed. Rowohlt, 1983, p. 13.

(57) TH. SELLIN, *The Penalty of Death*, Beverly Hills, California, 1980.

(58) AMNESTY INTERNATIONAL, *USA the Death Penalty*, Londres, Briefing, 1987, pp. 4, 5, 9 ss. Los datos que indicamos en el texto sobre "Condenas..." y "Métodos" se recogen de este amplio informe.

Condenas y ejecuciones a muerte el 1.º de octubre de 1986

Estado	N.º de prisioneros en la celda de la muerte	N.º de ejecuciones desde enero 1977	Estado	N.º de prisioneros en la celda de la muerte	N.º de ejecuciones desde enero 1977
Alabama	79	2	New Hampshire	—	
Arizona	65		New Jersey	21	
Arkansas	29		New Mexico	5	
California	190		North Carolina	62	3
Colorado	1		Ohio	67	
Connecticut	—		Oklahoma	63	
Delaware	5		Oregon	1	
Florida	247	16	Pennsylvania	87	
Georgia	105	7	South Carolina	44	2
Idaho	14		South Dakota	—	
Illinois	98		Tennessee	57	
Indiana	38	2	Texas	218	18
Kentucky	29		Utah	7	1
Louisiana	49	7	Vermont	—	
Maryland	19		Virginia	34	5
Mississippi	46	1	Washington	8	
Missouri	43		Wyoming	3	
Montana	5				
Nebraska	13		Total	1.788	66
Nevada	36	2			

Métodos de ejecución en EE.UU.

Método	Estado		Método	Estado
Ahorcamiento	Delaware * Montana *	New Hampshire + Washington *	Gas	Arizona California Colorado Maryland  Mississippi * Missouri N. Carolina *
Silla eléctrica	Alabama Arkansas * Connecticut + Florida Georgia Indiana Kentucky Louisiana	Nebraska Ohio Pennsylvania S. Carolina Tennessee Virginia Vermont +(a)	Inyección Letal	Arkansas * Delaware * Idaho * Illinois Mississippi * Montana * Nevada New Jersey New Mexico  N. Carolina * Oklahoma Oregon S. Dakota + Texas Utah * Washington * Wyoming
Fusilamiento	Idaho * Utah *			

\* Estados en que están vigentes formas alternativas de ejecución.

+ Estados en donde no ha habido condena a muerte desde 1977.

(a) En Vermont hay un Estatuto anterior a 1972 que no ha sido corregido.

Durante el año 1985 en los Estados Unidos se ejecutó a 18 personas. El número de personas en el "pabellón de la muerte" continuó creciendo, y el 1.º de octubre de 1986 alcanzó un total de 1.788 personas en 37 Estados.

HUGO ADAM BEDAU destaca la importancia de los asesinatos cometidos en EE.UU. desde 1970 hasta 1979 contra policías federales, estatales o locales <sup>(59)</sup>.

Año	Número de policías asesinados
1970	100
1971	129
1972	116
1973	134
1974	132
1975	129
1976	111
1977	93
1978	93
1979	106
Total	1.143

Respecto a los datos en otras partes del mundo, a lo largo del año 1984, Amnistía Internacional tuvo noticias de que durante el mes de febrero se dictaron por lo menos 88 penas de muerte en 14 países y en el mismo mes se ejecutaron 81 personas. Durante el mes siguiente en 14 países se dictaron 40 sentencias de pena de muerte, y fueron ejecutadas 37 personas en diez países. Durante el mes de abril del mismo año fueron condenadas a muerte 129 personas en 16 países, y se llevaron a cabo 47 ejecuciones en siete naciones.

Según el *Boletín Informativo* n.º 6 (junio 1984), de Amnistía Internacional, se temía que en Egipto el Tribunal Supremo de Seguridad del Estado de Emergencia condenara a muerte a 299 personas de las 302 acusadas ante este Tribunal, por delitos políticos.

En los doce meses del año 1984 hay informes de 1.513 ejecuciones y 2.067 condenas. Por desgracia, las cifras reales son mayores que las conocidas.

En 1985 *Amnistía Internacional* tiene documentación sobre 1.489 condenas a muerte en 61 países, y sobre 1.125 ejecuciones en 44. A estas

(59) BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3ª edición, New York, 1982, p. 45.

cifras hay que añadir otros muchos casos que no llegan a Amnistía Internacional y otros que esta asociación no constata sobre ejecuciones sumarias en numerosos lugares. Las cifras de AI incluyen sólo casos en los que se creía o se afirmó que hubo algún tipo de juicio y sentencia. Así en Iraq, donde cientos de personas habrían sido ejecutadas en 1985, por delitos comunes o (la mayoría por) políticos, sólo se incluyeron 19 ejecuciones confirmadas por el gobierno. Se cree que las cifras totales documentadas en China (135) e Irán (470) eran mucho menores que el número real. De otros países se conocen pocos datos concretos. Así Sudáfrica (137 ejecuciones confirmadas) y Arabia Saudí (unas 45) se encuentran entre los países que, en 1985, aún llevan a cabo ejecuciones. En Paquistán 57 personas, por lo menos, fueron ejecutadas.

Anteriormente, durante el año 1981 se poseen noticias de 3.278 personas ejecutadas en todo el mundo. La mayor parte de esas ejecuciones han tenido lugar en un número limitado de Estados:

— en Irán, unas 4.500 (o más) ejecuciones a partir de la revolución de febrero de 1979; alrededor de 2.616 ejecuciones durante el año 1981;

— en Iraq se tiene información de más de 350 ejecuciones el año 1981. Los casos políticos implicados en la pena de muerte han sido juzgados por un Tribunal especial sin las menores garantías procesales;

— en Sudáfrica, según las cifras oficiales, han sido ajusticiadas 96 personas el año 1981 (130 el año 1980 y 133 el año 1979);

— en el Pakistán han sido ejecutadas unas 100 personas cada año. Crece el número de las ejecuciones como consecuencia de procesos sumarios en tribunales militares, sin derecho a recurso de apelación <sup>(60)</sup>.

Durante el mes de febrero de 1986 *Amnistía Internacional* tuvo conocimiento de 80 personas condenadas a muerte en 14 países, y de 22 ejecuciones en 9 naciones.

Con frecuencia, en muchos lugares, se han llevado a cabo ejecuciones pocas horas después del juicio y éste, a veces, no observa las normas procesales básicas. En Irán, se ejecutó en el año 1985 a presos tras juicios sumarios, sin que los afectados tuvieran asistencia letrada o derecho de apelar.

Muchas personas son condenadas a muerte por delitos que en Europa no se consideran muy graves; en China, la pena de muerte se impone por más de 40 delitos; y el año 1985 se ejecutó a personas por formar una "sociedad secreta reaccionaria" y "explotar supersticiones feudales".

#### IV.1. Datos relativos a España.

RODRIGUEZ DEVESA, en su estudio "Contribución a la imagen numérica de la pena de muerte en España", constata, al menos, 15 penas

(60) ERIC PROKOSCH, *La Pena di Morte nel Mondo*, 1983, p. 4.

de muerte impuestas por el Consejo Supremo de Justicia Militar en los años 1940-44 y 1955-65. Pero, este número es una ínfima parte de la realidad, en opinión bien fundada del catedrático de Madrid (61).

Años 1940-44 y 1955-65						
15 penas de muerte en el Consejo Supremo de Justicia Militar						
Delitos comunes				Delitos militares		
	Asesinato	Robo con homicidio	Bandidaje	Atracos	Traición	Insulto a fuerza armada
	2(1942)	3(1955) 1(1958)	2(1956)	2(1941) 2(1959)	2(1940)	1(1943)
Total	2	4	2	4	2	1

El número de ejecuciones e indultos por decenios, desde 1870 hasta 1917, en el Derecho Penal común, son, a la luz de la misma investigación, un total de 1.597, repartidas así:

Años	Ejecuciones	Indultos	Total
1870-79	136	129	265
1880-89	119	239	358
1890-99	114	327	441
1900-09	40	276	316
1910-17	43	174	217
Total	452	1.145	1.597

(61) RODRIGUEZ DEVESEA, "Contribución numérica a la imagen de la pena de muerte en España, en *Rev. Estudios Penitenciarios*, 1967, pp. 361 ss.

Tal como se deducen de la jurisprudencia publicada del Tribunal Supremo, el número de penas de muerte por decenios y delitos (parricidios, asesinatos, robos con homicidio, regicidios, explosivos) aparecen en el cuadro siguiente.

Años	Parricidio	Asesinato	Robo con homicidio	Regicidio	Explosivos	Total
1870-79	31	95	89	2	—	217
1880-89	44	101	195	1	—	341
1890-99	82	153	184	—	—	419
1900-09	58	132	177	—	3	370
1910-19	38	75	96	1	—	210
1920-29	29	41	41	—	1	112
1930 . . .	—	—	—	—	1	1
1947-56	14	21	54	—	—	89
1957-66	—	4	15	—	—	19
Total	296	622	851	4	5	1.778

La mayoría de las penas de muerte impuestas por robo con homicidio a partir del año 1870, deducidas de la jurisprudencia publicada del Tribunal Supremo, corresponden a varones. De un total de 851, sólo cuarenta corresponden a mujeres (62):

Años	Hombres	Mujeres	Total
1870-79	86	3	89
1880-89	193	2	195
1890-99	172	12	184
1900-09	163	14	177
1910-19	89	7	96
1920-29	40	1	41
1930...	—	—	—
1947-56	53	1	54
1957-66	15	—	15
<b>Total</b>	<b>811</b>	<b>40</b>	<b>851</b>

Acerca de los indultos merecen recordarse los datos que ofrece RODRIGUEZ DEVESA en torno a las penas de muerte impuestas desde 1953 hasta 1965 por el delito de robo con homicidio.

Años	Penas impuestas	Ejecutados	Indultados	Total de robos con homicidio
1953-54	13	7	6	28
1955-56	7	3	4	22
1957-58	11	3	8	12
1959-60	1	1	—	14
1961-62	1	—	1	16
1963-64	—	—	—	8
1965	2	—	2	?
<b>Total</b>	<b>35</b>	<b>14</b>	<b>21</b>	<b>100</b>

A la luz de estas cifras se puede concluir que el descenso en el número de ejecuciones de penas de muerte no ha comportado un incremento cuantitativo ni cualitativo de los delitos correspondientes, sino al contrario. ha ido acompañado de un descenso de esas conductas criminales particularmente graves.

(62) RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 10ª edición revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Madrid, 1986, p. 899.

#### IV.2. Opinión pública en España

Gallup S.A., miembro español de la Organización Gallup Internacional, ha llevado a cabo desde 1973 hasta el mes de octubre de 1986 sondeos periódicos con el fin de detectar los cambios producidos en la opinión pública española sobre la pena de muerte (63).

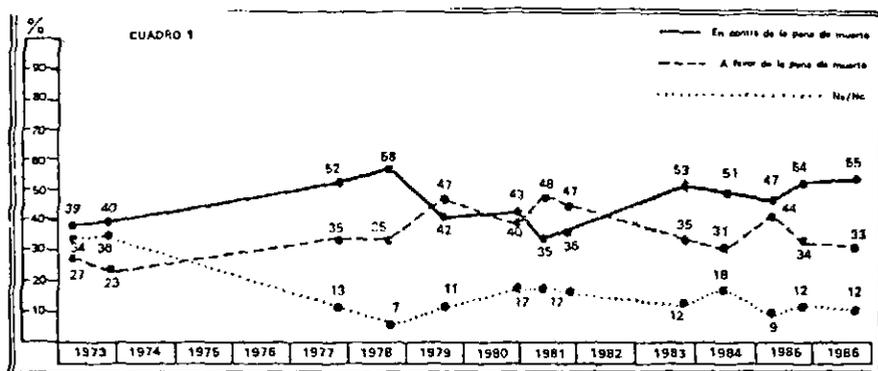
El último sondeo realizado, en septiembre y octubre de 1986, a 1.038 individuos (de la Península e Islas Baleares de 119 localidades) de 15 y más años, en el domicilio de los entrevistados, formulaba la pregunta siguiente:

“¿Está usted a favor o en contra de la aplicación de la pena de muerte para personas culpables de asesinato?”.

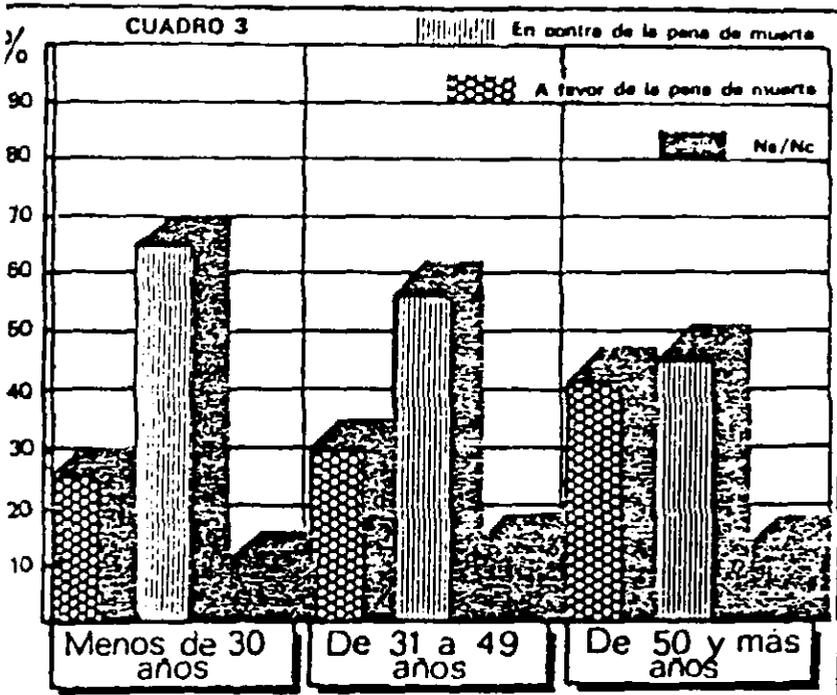
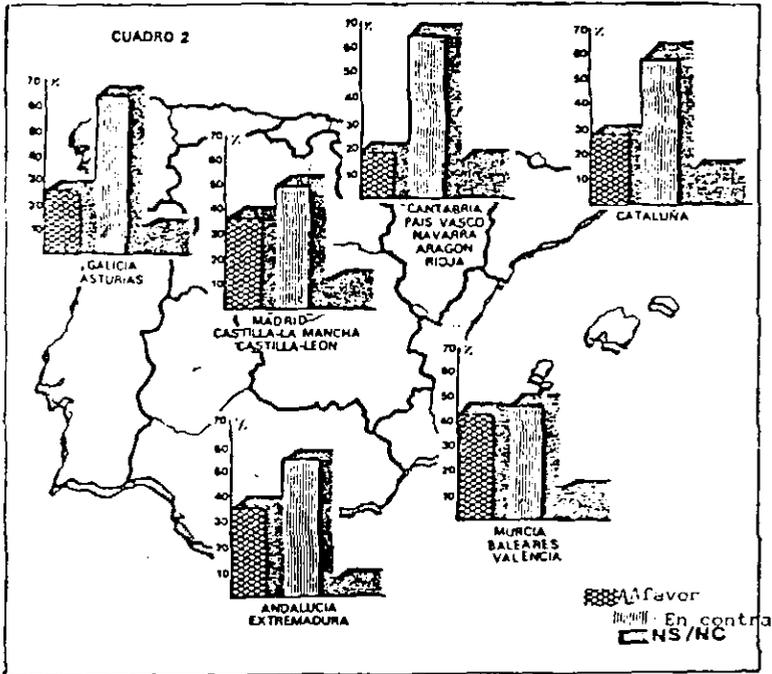
En estas fechas el 88% manifiesta su opinión, mientras que en 1973 sólo lo hacía el 61%. De ese 61%, entonces, el 39% se declaraba en contra, frente al 27% que lo hacía a favor. Actualmente de ese 88% que se manifiesta, el 55% se opone a la pena de muerte frente al 33% que la desean.

A partir de las Cortes Constituyentes, en 1977, las opiniones aparecen mucho más cristalizadas. La cuota máxima en contra de la pena de muerte (58%) se registra en los meses previos al referendun constitucional; entonces sólo el 7% de la muestra no tenía una opinión formada. En cambio, el mayor porcentaje de opiniones a favor de la pena de muerte se registra después de los periodos de recrudescimiento del terrorismo de ETA, en julio 1979: un 47% se declara en favor de la pena de muerte, frente a un 42% abolicionista. De modo semejante, en abril de 1981, tras una de las épocas más negras de la historia del terrorismo en España y tras el golpe de Estado del 23 de febrero, alcanza el máximo nivel en favor de la pena de muerte (48%) frente a sólo un 35% abolicionista.

Los cuadros adjuntos 1, 2 y 3, resumen los datos más importantes.



(63) Diario madrileño *Ya*, 9 noviembre 1986.



En Euskadi, según estos sondeos, el abolicionismo ha ido debilitándose desde el inicio de la democracia, en 1977. El 79% de los miembros y simpatizantes del (mayoritario) Partido Nacionalista Vasco (PNV) estaban entonces contra la pena de muerte, descendiendo al 74% en 1981 y al 54% en 1985.

#### IV.3. Encuesta sobre la pena de muerte en Guipúzcoa

En mayo de 1984 el Instituto Vasco de Criminología llevó a cabo, con la colaboración de M.<sup>a</sup> José Amilibia, Susana Corcuera y Beatriz Iribarren, una encuesta sobre la pena de muerte, preguntando a 343 personas en las localidades de Andoain, Eibar, Hernani, Irún, Lasarte, Oyarzun, Pasajes Ancho, Pasajes, San Juan, Rentería, San Sebastián y Zarauz.

Transcribimos a continuación las preguntas y los porcentajes de las respuestas.

1. ¿Está usted a favor o en contra de la pena de muerte?

- a) A favor: 10%
- b) En contra: 89%
- c) No contesta: 0,5%

2. ¿Hubiera usted aplicado la pena de muerte a los últimos condenados y ejecutados en septiembre de 1975?

- a) Sí: 5%
- b) No: 92%
- c) No contesta: 2%

3. Al haber sido suprimida esta pena de muerte en 1978, ¿el número de crímenes aumentará, disminuirá o se mantendrá como hasta ahora?

- a) Aumentará: 9%
- b) Disminuirá: 4%
- c) Se mantendrá igual: 83%
- d) No contesta: 3%

4. ¿Aplicaría la pena de muerte a alguno(s) de estos casos?

1) Muerte con premeditación:

- sí: 8%
- no: 85%
- no contesta: 6%

2) Violación y muerte de una menor:

- sí: 30%
- no: 64%
- no contesta: 5%

3) Muerte de un Jefe de Estado:

- sí: 9%
- no: 84%
- no contesta: 6%

4) Muerte de un ciudadano por malos tratos de la policía:

sí: 31%  
no: 65%  
no contesta: 2%

Datos de quienes han contestado:
----------------------------------

Edad:

De 10 a 20 años: 9%  
De 20 a 30 años: 46%  
De 30 a 40 años: 16%  
De 40 a 50 años: 12%  
De 50 a 60 años: 6%  
De 60 a 70 años: 2%  
No contesta: 4%

Sexo:

Varones: 56%  
Mujeres: 41%  
No contesta: 3%

Religión:

Indiferente: 42%  
Católico practicante: 21%  
Católico no practicante: 35%  
Creyente de otra religión: 1%  
No contesta: 1%

Clase social:

Alta y media alta: 3%  
Media-media: 76%  
Media-baja y baja: 14%  
No contesta: 7%

Ideología política:

Derecha: 5%  
Centro: 18%  
Izquierda: 64%  
Ninguna: 4%  
No contesta: 7%

Pueden compararse estas respuestas con las recogidas en la primavera de 1977 y publicadas en el libro *Cuestiones Penales y Criminológicas* (64).

(64) A. BERISTAIN, *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 586 ss.

## V. *En favor de la pena de muerte*

Empezamos este capítulo enumerando telegráficamente un "decálogo" de los argumentos en favor de la pena capital. Inmediatamente después comentaré algunos de estos motivos dignos de especial consideración.

Los muchos partidarios de la pena capital de ayer y (los no tantos) de hoy en todos los países del mundo y en todos los ámbitos culturales (políticos, filósofos, teólogos, penalistas, criminólogos, juristas, médicos, literatos etc.) han escrito innumerables páginas en favor de su postura. Todos sus razonamientos pueden resumirse en los diez capítulos siguientes:

1. La autoridad tiene facultad para imponer la pena de muerte porque la comunidad, con conocimiento de causa, le ha otorgado tal poder.
2. El delincuente, al cometer el delito, se ha privado del derecho a su vida. La autoridad debe conocer, reconocer y formalizar este proceso letal (*Rechtsverwirkungstheorie*).
3. Muchos juristas, políticos, filósofos y teólogos han propugnado y propugnan la legitimidad de la pena capital. (Argumento de autoridad.)
4. Resulta necesaria esta pena para luchar contra la criminalidad grave, por su máxima fuerza preventiva e intimidante.
5. Contra los delitos no-convencionales surge inexorablemente, como justa retribución.
6. La realización de la justicia y la reintegración del orden jurídico violado por el delito la necesitan.
7. Si un miembro del "cuerpo" comunitario padece una enfermedad incurable y contagiosa, para evitar mayores males la única solución es "amputar" dicho miembro, en favor de la totalidad.
8. En la mayoría de las naciones se ha aplicado y se aplica la pena de muerte. En algunas de las abolicionistas se ha vuelto a introducir.
9. Resulta insustituible. La privación de libertad e perpetuidad no ofrece garantías suficientes.
10. La historia del pasado, como las estadísticas de hoy, muestran que la delincuencia aumenta al abolirse la pena capital.

### V.1. *Comentario*

Estos diez principales motivos a favor de la licitud y/o de la necesidad de la pena capital, tal como los explican sus numerosos partidarios, pueden agruparse en cinco capítulos básicos que comentaremos brevemente. Después, en el apartado siguiente, al defender la postura abolicionista, rebatiremos las doctrinas que aquí transcribimos de los que opinan a favor de la pena capital, con la mayor objetividad posible (pues postergamos nuestra refutación para esas páginas posteriores).

A — Según autorizados especialistas la *prevención general primaria* exige la pena de muerte. Si por prevención primaria entendemos la que se dirige a la sociedad en general, muchos consideran que la espada de Damocles cuando amenaza a cada ciudadano con la muerte, si comete un delito grave, tiene fuerza para disuadirle de infringir la ley.

Los ciudadanos respetarán debidamente el sistema legal y judicial sólo si éste tiene poder para disponer incluso de la vida de los criminales. Hoy, no menos que en otros tiempos, la sociedad necesita este máximo aprecio a los encargados de la administración de la justicia para superar la anomia tan extendida en ciertos ambientes.

Muchos criminólogos y sociólogos han investigado esta fuerza intimidativa con encuestas y datos empíricos. Algunos de estos especialistas concluyen que la pena de muerte disminuye el volumen de la delincuencia <sup>(65)</sup>. Siglos ha, los teólogos canonistas del renacimiento afirmaban, como LUGO, que sin la pena de muerte todo se perturbaría (*omnia perturbarentur*) <sup>(66)</sup>.

En Estados Unidos, el criminólogo R. LEMPERT, al comentar el Symposium on Current Death Penalty Issues, celebrado el año 1983, considera que las opiniones acerca de este tema siguen todavía divididas, "en tablas" <sup>(67)</sup>.

B — La necesidad de la *prevención secundaria*, es decir, de intimidación dirigida a determinadas personas o a determinados grupos de personas que están en peligro de cometer delitos graves, presta un apoyo importante a los retencionistas de la sanción capital.

Estos afirman que la pena de muerte alcanza peculiar fuerza intimidativa respecto a los delincuentes políticos, en concreto a los terroristas, que en nuestros días adquieren especial volumen y gravedad.

Los delincuentes que abusan del poder político, policial, económico, etc. (tráfico de armas, de drogas), si son condenados a penas privativas de libertad piensan y esperan que cambiará el régimen político, que subirán pronto al poder sus partidarios y, entonces, ellos saldrán de la cárcel y saldrán con honor para ocupar puestos importantes.

Otro sector notable se refiere a los delitos graves y "a lo loco", cuando el delincuente después de llevar a cabo uno o varios crímenes sancionados con la pena privativa de libertad de más larga duración, consciente de que ya no se le puede imponer pena mayor, se lanzará a cometer más y mayores

(65) Amplia información en H.A. BEDAU, *The Death Penalty in America*, pp. 94-102.

(66) LUGO, *Disputationum de Justitia et Jure, tomus primus*, Venetiis, 1718, disput. X, sec., 2, n.ºs 56 y ss.

A. BERISTAIN, *La Pena-Retrribución y las Actuales Concepciones Criminológicas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, pp. 25 ss.

(67) R. LEMPERT, "Capital Punishment in the '80's: Reflections on the Symposium", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1983, pp. 1.110-1.114

desafueros... pues ya ha perdido toda esperanza, ya no tiene nada que perder. Como son relativamente muchos los delitos a los que corresponde la pena máxima privativa de libertad, algunos penalistas consideran necesario que se establezca una pena más severa (la pena de muerte) para esos delitos gravísimos (the perpetrators of terrible crimes — for example, Lee Harvey Oswald and James Earl Ray — are properly the objects of great anger). Si es justo honrar a los héroes, también es justo ejecutar a los más graves delincuentes (...if it may rightly honor its heroes, it may rightly execute the worst of its criminals) (68).

Aquí se puede recordar la argumentación escolástica de la evitación del contagio y/o de la subordinación de la parte al todo, como desarrollaron con matices diversos, SANTO TOMAS, ALFONSO DE CASTRO, SUAREZ etc. (69). SANTO TOMAS, en la *Suma Teológica*, escribe: "... si fuera necesario a la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo, si está podrido y puede inficionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y, por lo tanto, si un hombre es peligroso a la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común..." (70).

C — A favor de la pena de muerte se suele aducir también su fuerza intimidativa de *prevención terciaria*, como la entienden algunos criminólogos, en cuanto actuante sobre los ya condenados por crímenes graves, para que no reincidan.

Primeras figuras del campo policial aseveran que la pena capital es un factor eficaz de intimidación contra personas proclives al delito de asesinato (the death penalty is an effective deterrent against murder) (71).

(68) WALTER BERNS, *For Capital Punishment: Crime and the Morality of the Death Penalty*, New York, Ed. Basic Books 1979.

IDEM, "The Morality of Anger", en H.A. BEDAU, *The Death Penalty in America*, pp. 335 y 341.

JEREMY RABKIN, "Justice and Judicial Hand-Wringing: The Death Penalty Since *Gregg*", en *Criminal Justice Ethics*, verano 1985, p. 20.

(69) F. SUAREZ, *De legibus*, III, cap. III, 3 ss., *De legibus* III, cap. XXV, 2. WILLIAM DANIEL, *The Purely Penal Law Theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suarez*, Roma, Ed. Gregorian University Press, 1968, pp. 111 y 203. ALFONSO DE CASTRO, en su argumentación sobre la pena de muerte, escribe: "Cuando un médico quiere sanar y curar un cuerpo enfermo, no amputa sin más aquel miembro malo porque perjudique de algún modo al organismo, a no ser que aquél esté ya tan podrido o tan deshecho que con razón se tema que su contacto ha de dañar a los demás... En todo lo cual, como no se vea obligado para evitar un mal mayor, siempre tiende a conservar todos los órganos". A. DE CASTRO, *De Potestate Legis Poenalis*, Libro I, Capítulo VI.

(70) TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2, q-64, artículo 2.

(71) *Report of the Committee on the Judiciary, United States Senate... to accompany S. 114, 96th Congress, 1st Session, Report n.º 96-554, 17 enero 1980 pp. 7 ss.*

Ciertamente, la persona ejecutada ya no puede volver a delinquir. Este argumento suele aducirse con virulencia en los *mass media* cuando acaecen ciertos crímenes especialmente repugnantes y llamativos, como repetidos asesinatos de niños y de niñas, después de haber sido víctimas de abusos deshonestos y malos tratos.

Todavía hoy algunos, por ejemplo E. VAN DEN HAAG, admiten como justo condenar a muerte a unos pocos asesinos peligrosos, pues resulta un mal menor que permitirles a ellos seguir viviendo, de manera que puedan continuar asesinando a mayor número de personas. Si se aplica — dicen — el garrote vil o el fusilamiento al violador y asesino de cinco niñas, no hay peligro de que otras niñas caigan en el futuro víctimas de ese delincuente <sup>(72)</sup>.

Según CUELLO CALON y otros autores <sup>(73)</sup>, la pena de muerte es legítima cuando es merecida. Hay crímenes que causan horror tan profundo que la conciencia colectiva los considera punibles inexorablemente con el supremo castigo. También la legitima su necesidad y su valor como instrumento de protección social contra los criminales endurecidos e insensibles no susceptibles de reforma e indiferentes a la amenaza penal. Eliminar a estos sujetos peligrosos es la única manera segura de lograr la inocuización.

La justicia es una virtud necesarísima a toda sociedad bien ordenada y querer que se cumpla y que cada uno lleve su merecido, no puede ser sino cosa santa y en absoluto exigible... <sup>(74)</sup>.

D — La pena de muerte, afirman algunos penalistas, cumple *el fin del Derecho Penal*: el restablecimiento del orden jurídico violado y/o, desde otros puntos de vista, la expiación de la culpa, y/o la satisfacción debida a las víctimas.

No pocos juristas consideran como Alfa y Omega, como base y meta del Derecho penal, el restablecimiento del orden jurídico violado y/o el apaciguamiento de las víctimas; consideran la pena capital como la sanción que mejor cumple estos propósitos, pues nada satisface tanto a las víctimas y nada revaloriza tanto los intereses comunes como el saber que el ofensor ha sido ejecutado. La historia, según ellos, prueba esta afirmación. Durante siglos y siglos, los familiares del asesinado, o sus amigos más cercanos, han hecho todo lo posible para “acabar” con su victimario. Según NORMAN MAILER (Premio Pulitzer 1980, por su *The Executioner's Song*) la sociedad

---

(72) E. van den HAAG, “In Defense of the Death Penalty: A Legal-Practical-Moral Analysis”, en *Criminal Law Bulletin*, 1978, pp. 51 ss.

BERNARD GRENIER, *La Peine de Mort. Données Nouvelles*, Ottawa, 1972, pp. 80 y 88.

(73) CUELLO CALON, *La Moderna Penología*, pp. 157, 207.

(74) Cfr. J. PEREDA, S.J.: “Alrededor del caso Chessmann”, en *Sic, revista venezolana de orientación*, marzo 1960, pp. 121-123.

tiene no sólo derecho sino también obligación — *need* — de ejecutar a ciertos autores de crímenes graves (75).

En lo hondo de la persona subyace un deseo insuperable e insaciable de venganza y de expiación. La pena de muerte, y sólo la pena de muerte, responde debidamente a ese deseo tan profundo de las personas en todo tiempo y en todo lugar. Si la autoridad no lo satisface, "será peor el remedio que la enfermedad", pues las víctimas y sus amigos se tomarán la justicia por su mano. Terminarán implantando la ley de la selva, la ley del más fuerte.

La excesiva debilitación del aparato estatal desprovisto del *ius vitae et necis* provoca como reacción y/o sucedáneo el "remedio de los desaparecidos". Por lo mismo, en algunos países donde no existe la pena de muerte el número de los ejecutados por la policía alcanza cifras insospechadas (76).

E — Otros argumentos en favor del castigo capital se apoyan en criterios de autoridad, en cuestiones de efectividad *policial-judicial* y en motivos *intrínsecos de justicia*.

Respecto al "Magister dixit" se pueden citar muchísimos partidarios de la pena de muerte sobre todo en tiempos pretéritos. En el campo de la Filosofía a Kant, Hegel, Hobbes, E. Brunner, Rousseau (Goethe), J. Leclercq; la mayoría de los teólogos de siglos pasados: San Agustín (contra lo que algunos afirman), Santo Tomás, Suárez, Lugo, Molina, Alfonso de Castro, Soto, Alfonso M.<sup>a</sup> de Ligorio, Lutero, Calvino; de nuestro siglo, G. Ermecke, B. Schüler, A. Janssen, R. N. Thomsosn, B. Signori; multitud de especialistas del Derecho Penal: Garófalo, Lombroso, Filangieri, Rocco, Manzini, Ferri, Tarde, Mezger, Welzel, Lardizábal, Silvela, Cuello Calón, Julián Pereda, Quintano Ripollés... (77).

Actualmente los principales partidarios de la licitud y/o de la obligatoriedad de la pena de muerte se encuentran entre los que tienen a su cargo el cumplimiento de la ley, es decir, aquellos que deben detener a las personas presuntamente delincuentes y a los hallados en flagrante delito,

---

(75) GLEN D. KING, "On Behalf of the Death Penalty", en H.A. BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3<sup>a</sup> ed. New York, Oxford University Press, 1982, pp. 308 ss.

(76) ELÍAS NEUMAN reconoce la importancia de este argumento, pero a pesar de todo se manifiesta decidido partidario del abolicionismo. Sobre el mismo dato fáctico pero reflexionando hacia otra faceta también abolicionista, MANUEL LOPEZ-REY, *Criminalidad y Abuso de Poder*, ed. Tecnos, 1983, pp. 92 ss.

(77) Más detalles y matices en BARBERO SANTOS, *Pena de Muerte. (El ocaso de un mito)*, pp. 17 ss. A. BERISTAIN, "Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea", en Idem, *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Madrid, ed. Reus, 1979, pp. 577 ss. CUELLO CALÓN, *La Moderna Penología*, pp. 138 ss. CARLOS GARCÍA VALDES, *No a la Pena de Muerte*, Madrid, Edicusa, 1975, pp. 105 ss., 201 ss.

aquellos que aplican la normativa de las sanciones penales, es decir, los miembros de la policía, los funcionarios de prisiones, no pocos magistrados, algunos abogados y, en concreto, los representantes de algunas asociaciones como la Association of Chiefs of Police (IACP) y la National District Attorneys Association (NDAA) que se han manifestado en favor de la última sanción <sup>(78)</sup>.

Desde las entrañas de la justicia, en la línea de la *Rechtsverwirkungstheorie*, tal como la expone el teólogo católico G. ERMECKE, se manifiestan con algunas matizaciones Bertrams, S. J., Welzel y otros, entre los que destaca Pío XII. Esta concepción da pie, quizá, para un derecho a cierta eutanasia activa y al suicidio <sup>(79)</sup>.

PIO XII, el 13 de septiembre de 1952, afirmó: "El Estado no dispone del derecho del individuo a la vida, ni aun cuando se ejecuta una pena de muerte. Está reservado al poder público privar al condenado del bien de la vida en expiación de su delito después que él, por el crimen realizado, se ha desposeído de su derecho a la vida". En sentido parecido se expresó anterior y posteriormente, el 12 de noviembre de 1944, el 3 de octubre de 1953 y el 5 de diciembre de 1954. Según esta teoría, el delincuente, al cometer el crimen, se despoja de su derecho a la vida; y, por lo tanto, la autoridad judicial y penitenciaria se ve constreñida a una mera constatación formal o jurídica de la acción llevada a cabo ontológicamente por quien comete el delito. Algo de esto proponía, siglos ha, SANTO TOMAS en la *Suma Teológica* cuando escribió: "aunque matar al hombre que conserva su dignidad sea en sí malo, sin embargo, matar al hombre pecador puede ser bueno, como matar una bestia, pues *peor es el hombre malo que una bestia, y causa más daño*, en frase de Aristóteles" <sup>(80)</sup>.

Durante milenios la totalidad de las religiones, también las cristianas, han apoyado o al menos aceptado la pena capital por diversos motivos <sup>(81)</sup>. El jesuita FERNANDO HUIDOBRO (1903-1937), que interrumpió, en 1936, la preparación de su tesis doctoral bajo la dirección de Martin

---

(78) "Capital punishment. The point of view of the Canadian Association of Chiefs of Police", en *Crime and/or Justice*, mayo 1976, pp. 65 ss. HUGO ADAM BEDAU, *The Death Penalty in America*, 3ª ed., New York, Oxford University Press, 1982, pp. 306 ss.

(79) G. ERMECKE, *Zur ethischen Begründung der Todestrafe heute*, 2ª ed., Paderborn, F. Schöningh, 1963 (1ª ed. 1959), se apoya en el efecto óntico del delito, especialmente, pp. 39 ss. MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre las Penas, Contraído a las Leyes...*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de Repullés, 1828, pp. 168 ss.

(80) TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2- q-64, artículo 2.

(81) F. COMPAGNONI, "Pena de muerte y tortura en la tradición católica", en *Concilium*, 1978, pp. 589 ss.

M. HONECKER, "La pena de muerte en la teología evangélica", en *Concilium*, Madrid, 1978, pp. 707 ss.

Heidegger para atender como Capellán a los legionarios de la 4.<sup>a</sup> Bandera del Tercio y que murió en el frente de Aravaca el 11 de abril de 1937, redactó a finales de 1936 un escrito al Cuerpo jurídico (Militar) para impedir que las tropas tomaran la justicia por su mano y para que los encargados de administrar justicia lo hiciesen conforme a los principios de la moral. El escrito consta de dos partes. La primera para justificar la potestad coactiva penal de la autoridad civil:

— Dios es el único dueño de la vida humana.

— Dios quiere el orden y la justicia.

— Por eso, resistir a la justicia es oponerse a Dios.

— Pero sólo la autoridad delegada por Dios puede disponer de la vida humana.

— Y quienes administran justicia deben hacerlo en nombre de Dios, es decir, mirando lo que es justo a los ojos de Dios y teniendo presente que darán cuenta a Dios.

— Algunas concreciones prácticas concluyen esta parte.

La segunda parte especifica qué delitos merecen la pena de muerte. Concreta su punto de vista en dos condiciones:

— Delitos enormes, es decir, los crímenes repugnantes a todas luces injustos y la perversión ideológica que lleva a ellos. Casi al final del escrito considera más culpables a los patronos egoístas y a quienes no educaron al pueblo.

— Cometidos con libertad y responsabilidad. Por eso señala las tres atenuantes:

a) la coacción moral;

b) la coacción material;

c) la edad juvenil.

Reitera en otros momentos ideas más o menos conocidas: existencia de otras penas distintas de la capital, peligros de su aplicación indiscriminada, necesidad de reeducar al pueblo y deformación moral que produce el abuso de la pena de muerte.

A pesar del tono ético y escriturístico de sus páginas, tampoco faltan en ellas afirmaciones "ambivalentes" y de autocrítica. "Los mayores culpables, en cierto sentido, son los que ellos (se refiere al bando republicano) ejecutan (es decir, los patronos egoístas y los que debiendo educar al pueblo no lo hicimos), no los infelices arrastrados que matan nuestros

tribunales". El tono duro culmina en la frase final: "Nos va ya dando vergüenza de haber nacido en esta tierra de crueldades implacables y de luchas sin fin" (82).

En sentido parecido se expresó siglos antes otro jesuita, Pedro de León, 1545-1632, que asistió espiritualmente a 309 ajusticiados en Sevilla (83). Actualmente los jesuitas capellanes en cárceles piensan y sienten de una manera distinta, como lo veremos en el capítulo siguiente.

Respecto a la similar postura permisiva y/o *críticamente* colaboradora (y evolución radical posterior) de los capellanes protestantes de prisiones informa el amplio estudio de PETER BRANDT (84).

F — Capítulo aparte merecen los argumentos a favor de la pena de muerte en las leyes penales militares para tiempos de guerra, como por ejemplo se establece en nuestra Constitución de 1978. Tratamos el problema en otro apartado posterior.

## VI. *Argumentos contra la pena de muerte*

### VI.1. *Breve enumeración*

Contra la pena capital se deben aducir múltiples argumentos. Los principales pueden esquematizarse en los doce puntos siguientes:

1. La autoridad pública carece de facultad y de potestad para imponer la pena de muerte porque la vida humana es inviolable: "No matarás". Cualquier persona contiene un significado absoluto que ningún poder judicial puede destruir en aras de la sociedad.
2. Muchos juristas, criminólogos, filósofos y teólogos, cada día más, propugnan la abolición de la pena capital.
3. La fuerza coercitiva e intimidativa de la pena de muerte no alcanza el nivel suficiente como para crearla necesaria. Produce un efecto criminógeno.
4. La respuesta al delito, la retribución de la justicia humana (y de la divina, según algunos partidarios) no debe infligir mal por mal, muerte por muerte. Sería venganza. No sería pena. Quizás sería medida de seguridad.

(82) R. M<sup>o</sup> SANZ DE DIEGO, "Actitud del P. Huidobro, S.J., ante la ejecución de prisioneros en la guerra civil. Nuevos datos", en *Estudios eclesiásticos*, octubre-diciembre 1985, pp. 443 ss.

(83) PEDRO HERRERA PUGA, *Grandeza y Miseria en Andalucía. Testimonio de una Encrucijada Histórica (1578-1616)*, Granada, 1981, pp. 391 ss.

(84) PETER BRANDT, *Die Evangelische Straffangenehmsorge. Geschichte-Theorie-Praxis*, Göttingen, Ed. Vandenhoeck y Ruprecht, 1985, pp. 78 ss. 174 ss. 223 y 294 ss.

5. La pena de muerte no realiza lá justicia, ni reintegra el orden jurídico violado. Los aniquila.
6. Actualmente hay otras penas menos dañosas y más eficaces contra toda clase de delitos, por ejemplo la privación de libertad a perpetuidad, los trabajos en servicio de la comunidad, la probación...
7. En muchas naciones — cada día más — está abolida la pena de muerte y con resultados positivos en el campo de la criminalidad y reinserción social.
8. La historia del pasado y las estadísticas de hoy muestran que la delincuencia no aumenta al abolirse la pena capital.
9. El error judicial, que acaece con relativa frecuencia, resulta irreparable si se mata al condenado.
10. La sociedad moderna y postmoderna ve con malos ojos todo lo referente a esta sanción, v.g., la persona del verdugo, la publicidad de la ejecución... (Ya en los siglos XVI y XVII se incoa la teoría del delito continuado para evitar la pena de muerte a los autores del tercer hurto: *latro famosus*).
11. Las penas corporales van desapareciendo con aprobación universal. La de muerte es el último islote de este continente paulatinamente más hundido.
12. La muerte del delincuente, dado el valor impar de toda persona, produce grandes males y pérdidas a muchos conciudadanos, sin beneficio notable a nadie.

## VI.2. Comentario de algunos argumentos

Paralelamente a lo expuesto antes respecto a los argumentos retentionistas, vamos a comentar ahora los motivos principales abolicionistas.

A — Si por *prevención primaria* se entienden las técnicas y los controles que influyen en la mayoría de los ciudadanos para que no cometan delitos (en nuestro caso, delitos graves), opinamos que la pena capital no posee fuerza intimidativa verdaderamente eficaz, pues así lo demuestran valiosos estudios sociológicos y psicológicos, y serias investigaciones sobre la *personalidad de los delincuentes más peligrosos*.

No pocos criminólogos<sup>(85)</sup> han llevado a cabo trabajos de campo sobre esta tema. Han cuantificado el volumen de la criminalidad grave

(85) CARLOS LANDECHO, "Reflexión criminológica sobre la pena de muerte", en *Razón y Fe*, Madrid, 1970, p. 467: El análisis de las investigaciones realizadas por criminólogos de excepción durante las dos últimas décadas lleva a la conclusión de que la aplicación de la pena de muerte no tiene argumentos positivos a su favor: ni su intimidación es mayor que la de otras penas ni contribuye a un menor peligro de las víctimas.

en países donde está abolida, de hecho o de derecho, la pena capital, la han comparado con la criminalidad grave en países similares en cuanto a su economía, costumbres, historia, etc., pero donde la pena capital está vigente, y han llegado a la conclusión de que se cometen tantos o más delitos en estos últimos países (86).

Un número mayor de estudiosos opina que quizás no se pruebe esa conclusión, pero que ciertamente carece de seriedad científica la conclusión contraria. En este sentido se expresan W.C. BAILEY, BADAU y numerosos colegas (87).

Otros investigadores reconocen que esta argumentación resulta muy difícil o imposible pues las circunstancias geográficas, políticas, sociales, históricas etc. son tan poco iguales que impiden la comparación objetiva de los datos sobre el volumen de la criminalidad y sobre los factores realmente intimidantes.

Muchas publicaciones criminológicas consideran que no hay una relación significativa entre la delincuencia y la pena de muerte, y según ellas la evolución del carácter y la extensión de los delitos violentos contra las personas depende principalmente de las condiciones económicas y sociales de una comunidad determinada y de la dinámica del sistema de valores morales de esa comunidad en un momento histórico concreto. El que la sociedad de que se trate recurra o no a la pena de muerte o que la haya abolido, no influye (o influye muy poco) en dicha evolución. Suponer que la institución de la pena de muerte contribuye a reducir la delincuencia, es tan erróneo como pensar que su abolición puede fomentarla (88).

En pocas palabras, contra lo que afirman algunos partidarios de la pena capital a los que nos hemos referido en el capítulo anterior, los trabajos estadísticos sobre esta cuestión prueban que la pena de muerte no posee fuerza intimidativa o, al menos, no prueban que la posee.

Desde otra perspectiva, algunos especialistas insisten en que la aplicación de la pena de muerte, en vez de intimidar, fomenta la delincuencia; se convierte en uno de los factores etiológicos de la violencia criminal. Pues los ciudadanos, al ver que la autoridad no respeta la vida de los

---

(86) E. A. FATTAH, "The preventive mechanisms of the death penalty: a discussion", en *Crimcare Journal*, 1985, pp. 109 ss.

B. FORST, "Capital punishment and deterrence: conflicting evidence?", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 74, nº 3 (1983), pp. 927-942.

(87) W. C. BAILEY, "Disaggregation in deterrence and death penalty research: the case of murder in Chicago", en *The Journal of Criminal ...* (1983), pp. 827-859. HUGO ADAM BEDAU, "Gregg v. Georgia and the "New" Death Penalty", en *Criminal Justice Ethics*, Verano, 1985, pp. 3 ss.

(88) ROBERT BADINTER, "Francia. Abolición de la pena capital: la experiencia francesa", en *Naciones Unidas. Boletín sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, nº 11, Viena, diciembre 1984, p. 20.

delincuentes, se dejan llevar por la tendencia mimética y ellos se consideran también legitimados para matar a sus enemigos, a los que "delinquen" contra ellos.

El estudio monográfico de R. PATERNOSTER subraya esta fuerza provocativa, criminógena, que él y algunos otros denominan "*brutalization effect*", o "*Counterdeterrence balance*" (89).

B — La *prevención secundaria* puede lograrse más eficazmente si se abole la pena de muerte pues algunas personas que viven en ambientes de alta criminalidad y están en trance de "pasar al acto" delictivo, que se encuentran tentados de cometer un delito grave (por ejemplo ciertos fanáticos políticos y/o pseudoreligiosos), ante la perspectiva de alcanzar la gloria de morir con la aureola de mártires, se animan a llevar a cabo su acción delictiva.

Por otra parte, todavía sigue vigente la observación de FERRI cuando escribe que los delincuentes, además de ser generalmente de poca sensibilidad moral, también son de poca previsión: "Lo studio della psicologia criminale... ha offerto una serie di dati... che credo si debbano riunire sotto due fondamentali anomalie... e cioè nella insensibilità morale e nella imprevidenza... imprevidenza determinata da una deficiente forza di associazione delle idee, e rivelantesi pur essa in manifestazioni diverse, le quali tutte concorrono a far mancare l'ultima repulsione dal delitto, che sarebbe appunto la previsione delle conseguenze dolorose a cui questo conduce" (90).

Según el resumen de *Amnesty International* de 1987, las ejecuciones capitales contribuyen a aumentar el número de asesinatos — Killings increase after executions — en los Estados Unidos. Este resumen transcribe el testimonio de Andrei Sakharov, hasta hace poco prisionero de conciencia en la URSS: "La pena capital es una institución salvaje e inhumana que socaba los fundamentos éticos y legales de la sociedad. Rechazo la idea de que posea algún efecto intimidante en los posibles futuros criminales. Estoy convencido de lo contrario: la violencia engendra solo violencia" (91).

C — Respecto a la *prevención terciaria* parece claro el poco vigor argumental de quienes se apoyan en ésta para abogar en favor de la pena capital. Aunque sea innegable que el delincuente si muere ajusticiado no cometerá más delitos, sin embargo, tal afirmación adolece de ingenuidad, pues aunque él no cometa más crímenes, puede (y creemos que suele) suceder que otras personas se animen a cometerlos por el "ejemplo" del

(89) R. PATERNOSTER, "Race and victim and location of crime: the decision to seek the death penalty in South Carolina", en *The Journal of Criminal...* (1983), pp. 754-785.

(90) FERRI, *Sociologia Criminale*, Torino, 1929, n. 10.

(91) AMNESTY INTERNATIONAL, *USA the Death Penalty*, Londres, Briefing, 1987, pp. 18 ss.

ejecutado. Esto acontece mayormente, como hemos indicado, en ciertas clases de delitos, como los de móvil político y pseudoreligioso, por el halo de heroísmo que acompaña al condenado.

Los delincuentes no dejan de infringir la ley por estar admitida la pena capital pues ellos opinan *que no van a ser detenidos* por la policía; o, aunque lo fueran, no llegarían a ser condenados a pena tan grave; y menos aún a ser ejecutados. Además, los rasgos de su personalidad (en esto coinciden desde Ferri hasta J. Pinatel) les impiden impresionarse por el miedo a la muerte.

Si manejamos un concepto completo y global de prevención especial o terciaria, diremos que ella pretende, no tanto la evitación de los delitos, sino principalmente que el delincuente se repersonalice, de manera que no reincida sino que, al contrario, colabore con la sociedad, aunque él siga "diferente". La prevención especial busca, además de la meta negativa (ausencia de futuros delitos), un fin positivo: la resocialización del antiguo delincuente. Así, concluiremos que la prevención especial exige la abolición de la pena de muerte, pues sólo puede repersolanizarse el delincuente que vive. Nunca el ejecutado.

Dentro de esta dirección, el Derecho penal internacional contemporáneo brinda un argumento en favor de la abolición, pues los tratados de extradición cuando regulan los requisitos para la entrega de delincuentes condenados a muerte suelen exigir que no se ejecute tal sentencia. Así, el número 6.º del art. 4.º de nuestra ley de 1985 establece que, no se concederá la extradición cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada... (92).

CHERIF BASSIOUNI en su Código Penal Internacional no admite la pena de muerte (93).

D — Otro argumento contra la pena de muerte brota de su propia finalidad sustancial (la pena de muerte pretende y consigue matar a personas) y de la moderna ciencia victimológica.

Según algunos retencionistas la pena de muerte restablece el orden jurídico y da satisfacción a las víctimas. Pero, no parece admisible ese restablecimiento del orden jurídico, tal como ellos lo entienden, estático

---

(92) RODRIGUEZ DEVESEA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª edición revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Madrid, 1985, pp. 249 s.

BUENO ARUS, "Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español", en *Anuario de Derecho Penal*, fasc. I (1981), pp. 399 ss.

CHERIF BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order*, Nueva York, ed. Oceana Publications Inc., 1974, pp. 359-60, 459-63.

(93) CHERIF BASSIOUNI, *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Traducido por J. L. de la CUESTA ARZAMENDI, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 229 ss.

o retrotrayente; ni esa satisfacción a las víctimas. Ese instinto de venganza no puede encontrar acogida en la cosmovisión legal, como explica y prueba RENÉ GIRARD (94).

El Derecho Penal no pretende que el orden jurídico de hoy se retrotraiga y retroceda al de ayer. Si la interpretación jurídica debe ser progresiva, como afirma la doctrina y el Código Civil español (art. 3.1.), mucho más la sanción debe mirar a superar la situación y el orden jurídico pasado. Quien mata no crea progreso.

Además, la víctima no tiene derecho a que para satisfacer su instinto de venganza se mate a personas. Al contrario. La autoridad debe ayudar a apagar y/o superar ese instinto tan vergonzoso, tan reprochable, tan poco humano. La autoridad debe darle a la víctima la satisfacción de reconocerle como persona que ha sido victimizada, es decir, sufre y creante. Su misión solidaria le obliga a no responder a la acción criminal mortal victimizante con otra reacción del mismo signo, sino con la creación configurante del nuevo orden de mañana. La autoridad no debe olvidar que la persona es por naturaleza especialmente autocreadora y heterocreadora, también en y desde el dolor que injustamente la han inferido. Lo contrario sería negar a la víctima y al delincuente su androgénesis, su dignidad y su derecho fundamental de vivir y convivir. Sería confundir la muerte, el cese, del animal con el morir de la persona.

En la actualidad, incluso los defensores de la pena suprema reconocen que no debe permitirse aumentar innecesariamente los sufrimientos del delincuente, que no deben fomentarse sentimientos de venganza, ni demagógicos; que debe respetarse la dignidad del condenado.

Quienes apoyan la sanción capital en la necesidad de expiación, quienes siguen manteniendo las teorías penales absolutas *quia peccatum est* frente al *ne peccetur*, porque ha delinquido frente al *para que no delinca*, olvidan algo probado y admitido por muchos desde años ha (95): "como todo castigo es un mal y el mal jamás es apetecible por sí mismo, así tampoco puede ser fin de sí mismo, sino medio tan solo para la consecución de un fin"... para el logro del bien público. Por lo tanto, los jueces no pueden buscar la meta de destruir una vida humana, pues ello produce, sin duda, un mal pues priva a la sociedad de una persona, que siempre contiene un valor.

Los jueces sólo conseguirán mayor aprecio de los ciudadanos si éstos ven en ellos no al posible verdugo que puede matar sino al defensor del débil. El delincuente siempre es débil y, a veces, en algún sentido, más débil que la víctima (96). Donde se admita la pena de muerte, el pueblo

(94) R. GIRARD, "Culture "primitive", judaïsme, cristianesimo", en *La Pena di Morte nel Mondo*, Bologna, ed. Marietti, 1983, pp. 75 ss.

(95) CATHREIN, *Principios Fundamentales de Derecho Penal. Estudio Filosófico-Jurídico*, trad. de J. M. S. de Tejada, Barcelona, G. Gili, 1911, p. 201.

(96) PLATON: "Siempre el que comete injusticia es más desgraciado que el que la sufre", *Gorgias* 479e.

mirará a los jueces con temor, pero no con respeto. Y, hablando de los jueces, pasamos al argumento del error judicial.

Como atinadamente indica HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ<sup>(97)</sup>, la justicia penal es indudablemente falible y está en constante riesgo de cometer errores que abocan en equivocaciones, a veces, de extraordinaria magnitud; ninguna ley, por drástica que sea, debe cerrar los caminos legales para una enmienda del siempre posible error por parte de los Tribunales, lo contrario, entrañaría una gravísima e intolerante injuria a los derechos inconculcables que protegen la libertad humana. La experiencia y los estudios del jurista colombiano, en este campo, le conducen a concluir que la pena de muerte debe proscribirse de los ordenamientos jurídicos de todo país que se precie de organizar su conjunto institucional sobre el profundo respeto del Estado de Derecho, ya que la ejecución de dicha pena deja fuera la posible reivindicación del Estado de inocencia ante los hechos nuevos que la demuestren, con lo cual, el condenado, la familia, la sociedad, y la propia Administración de Justicia, quedarían privados del noble acto judicial en que se reconociera un error para devolver así, a todos ellos, la tranquilizadora paz perturbada con la condena injusta.

Respecto a la argumentación en favor del mantenimiento de la pena de muerte que se funda en la anteriormente expuesta *Rechtsverwirkungstheorie* (al comentar las posturas en favor de la pena capital) me limito aquí a rechazar esa teoría desde varios puntos de vista. Principalmente porque los jueces no juzgan en nombre (ni según la ley) de Dios, ni están capacitados para un reproche ético tan radical, y porque la pena no es expiación en sentido ontológico. Los especialistas demuestran que la autoridad vicaria de los jueces carece de fundamento tanto en la exégesis actual de los pasajes neotestamentarios que suelen aducirse en ese sentido, como en las diversas cosmovisiones cristianas sobre el Estado y la autoridad. La moral católica no permite al tribunal humano un juicio de culpabilidad interna ético-religiosa, *de internis neque Ecclessia*, y en este sentido KARL RAHNER reitera que el delito no exige intrínsecamente la pena<sup>(98)</sup>.

El mensaje evangélico (más o menos fielmente transmitido por las iglesias) fermenta históricamente, aunque no directamente, los conceptos y los sentimientos básicos del penalista (del Derecho Penal), del criminólogo (de la Criminología) y de los controles sociales. En concreto, hoy aquí postula que la pena sea útil, digna y necesaria al bien común y al bien

(97) HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ, *Derecho Procesal Penal*, Bogotá, ed. Temis, 1982, pp. 131 ss.

H. A. BEDAU y M. L. RADELET, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, Mediford, Gainsville, Tufts University and the University of Florida, 1985, pp. 20 ss.

(98) KARL RAHNER, "Schuld-Verantwortung-Strafe", em *Schuld-Verantwortung-Strafe*, preparado por E. Frey, Zürich, 1964.

KARL PETERS, "Glaube und Strafrecht", en *Gedanken zur Strafrechtsreform*, Schöningh, 1966, pp. 39-56.

particular de los ciudadanos en los que incide. Exige que evite por una parte la retribución vindicativa, y logre, por otra, la revalorización comunitaria del Derecho (no de la Justicia absoluta) y la reinserción social de los delincuentes, sin menoscabo de su dignidad y de sus derechos. Estos requisitos, que no cumple el castigo capital, piden y esperan del cristiano la actitud abolicionista. La obligación de la sociedad a mostrarse solidaria con el delincuente por ser también hombre, y la responsabilidad de la misma sociedad en la génesis y evolución de la delincuencia excluyen la aplicación de la pena capital. Cuando la aplica, el propio Estado se coloca en el plano de la defensa personal anárquica. La Comisión Justicia y Paz, de Estados Unidos, en su estudio del año 1976 sobre la Iglesia y la pena de muerte concluyó: "Todos estos puntos (teóricos y pastorales) convergen hacia una actitud pastoral que ha de ser la siguiente: hay que preconizar la abolición de la pena de muerte por los valores éticos que están en juego y por la falta de argumentos decisivos en contra" (99).

Poco antes, el año 1975, veintiocho jesuitas (entre ellos Hilton Rivet y James R. Stormes) capellanes, consejeros y psicólogos en prisiones norteamericanas, reunidos en Nueva Orleans, en la Conferencia de Jesuitas sobre Problemas Penales ("Jesuit Conference on Criminal Justice"), formularon la siguiente conclusión "respecto a la pena capital: seguimos oponiéndonos a la pena de muerte como intrínsecamente mala. La ejecución forma parte de matar que no sólo destruye la vida humana sino que también rebaja y brutaliza a los que la ejecutan. Además de su carácter inmoral, es desigual en su aplicación, costosa en recursos humanos, financieros y legales, y dudosa en su efectividad. La ejecución es una barrera para la investigación en favor de alternativas eficaces".

En el mismo sentido, ya en la década de los años 60, se habían manifestado otros jesuitas como J. Vernet y Marcel Marcotte (100).

En pocas palabras, como escribe ELIAS NEUMAN (101), "La pena de muerte es un asesinato frío y legal, una connivencia nefasta entre la ley, el juez y el verdugo para descargar como antaño el oprobio de los autotitulados decentes, en día y hora predeterminados".

(99) ANTONIO BERISTAIN, "Capital Punishment and Catholicism", en *International Journal of Criminology and Penology*, 5, 1977, pp. 321-335. M. HONECKER, "La pena de muerte en la teología evangélica", en *Concilium*, 1978, pp. 707 ss. F. COMPAGNONI, "Pena de muerte y tortura en la tradición católica", en *Concilium*, 1978, pp. 689 ss. PIERRE DELOOZ, "La mort et l'au-delà", en *Pro mundi vita: Dossiers*, Bruselas, 4/1985, pp. 2-22.

(100) ANTONIO BERISTAIN, "La cárcel como factor de configuración social (Observaciones de algunos jesuitas)", en *Documentación Jurídica*, n° 17, enero-marzo 1978, pp. 174 ss.

MARCEL MARCOTTE, "Libération de l'homme et respect de la vie", en *Relations*, n° 360, Montreal, mayo 1971, p. 132.

(101) ELIAS NEUMAN, en Barbero Santos, *Pena de Muerte (El caso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. XVIII.

Concluyo este capítulo con una breve lista de algunas de las muchas personas que se han colocado en el bloque contrario a la pena de muerte. Podemos recordar, entre otros mil, a la mayoría de los penalistas de nuestros días en España. También en Alemania: Jescheck, Maihofer, Noll, Roxin, Schultz...; en Italia: Bettiol, Carnelutti, Del Vecchio, L. Pettoello Mantovani, Pisapia...; en Francia: Marc Ancel, Picca, Leauté, Stefani, Levasseur, Merle, Vitu, Reynald Ottenhof...; en otros países: Elías Neuman (que a finales de 1959 promovió la campaña contra la ejecución de Chessman). También son abolicionistas: Koestler, Camus, Unamuno, Correia, Gersao, Heleno Claudio Fragoso, Cornil, Mendonza Troconis, A. Quirós Cuarón etc. (102).

## VII. *La pena de muerte en tiempos de guerra*

Como antes hemos indicado, muchos países han abolido la pena de muerte en circunstancias normales, pero la mantienen durante la guerra. Olvidan los versos tan prudentes de Cicerón: "cedant arma togae". Así, nuestra Constitución española de 1978, en su art. 15, dice: "queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". El texto aprobado en el pleno del Senado el día 26 de septiembre de 1978 decía "en tiempos de guerra"; posteriormente el texto definitivo queda modificado por Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado que cambia *en* por *para*. No considero que la nueva formulación altere el sentido de la frase (103).

De modo semejante se expresan otras Constituciones. Por ejemplo, la italiana de 1947, en su art. 27, 3.º, establece que no se admite la pena de muerte más que en los casos previstos en las leyes militares de guerra. "Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra".

No pocos teóricos que rechazan la pena de muerte en general para todos los delitos en tiempos de paz, sin embargo, la admiten en el Derecho Penal Militar para los delitos graves en tiempos de guerra, por diversos

---

(102) De muchos más informan algunos especialistas, cfr. MARINO BARBERO, CUELLO CALÓN, C. GARCÍA VALDEZ, *No a la pena...* pp. 105 ss., 201 ss.

En las II Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho Penal, celebradas en Barcelona, los días 28 y 29 de mayo de 1974, así como en las III Jornadas, celebradas en Santiago de Compostela, los días 28, 29 y 30 de mayo de 1975, todos los asistentes se manifestaron unánimes en favor de la abolición de la pena de muerte. La conclusión IV de Barcelona dice: "De forma particular, se propone la abolición de la pena de muerte". Puede verse el texto de todas las conclusiones, en ANTONIO BERISTAIN, *Crisis del Derecho Represivo*, Madrid, Edicusa, 1977, pp. 110 ss.

(103) Pueden verse varias matizaciones en FELIPE HIGUERA GUIMERA, *La Previsión Constitucional de la Pena de Muerte (Comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978)*, Barcelona, ed. Bosch, 1980, pp. 58 ss.

motivos. Recordemos, al menos, a CARRARA, KARL BARTH, FROSALI, JIMENEZ DE ASUA, CH. HELFER, RODRIGUEZ DEVESA etc. (104).

Hoy, los argumentos más sólidos para admitir la pena capital en circunstancias bélicas se pueden resumir en pocas líneas: la guerra es un hecho internacional que reúne los supuestos básicos del estado de necesidad; durante la guerra ante eventuales graves desórdenes internos brotan situaciones necesitantes que legitiman excepcionalmente la pena capital (105).

Especial conceptualización formula RAUL ZAFFARONI, según el cual la llamada pena de muerte ha perdido el carácter de pena en el Derecho Penal Militar porque ha eliminado todo efecto preventivo especial resocializador. Sin embargo, "la muerte que se ejecuta en el ámbito jurídico-militar en tiempo de guerra, si bien no tiene el carácter de una pena, puede tratarse de un supuesto de inculpabilidad regulado legalmente. Por supuesto que únicamente hallará su explicación y límite dentro del ámbito de la necesidad inculpante. Dicho con otras palabras, se trata de un *derecho penal militar de excepción que se funda en la necesidad terribleísima*" (106).

#### VII.1. La pena de muerte en el Derecho Penal Militar español

La reciente reforma de la legislación penal militar bosquejada en los Pactos de la Moncloa, en los Acuerdos sobre el programa de actuación jurídica y política aprobados el 27 de octubre de 1977 (que resultaba necesaria desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978), ofrece una nueva regulación acerca de la pena de muerte en el Código Penal Militar, en el Código de Justicia Militar y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

El proyecto de Código Penal Militar, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 12 de noviembre de 1984 (Serie A, número 123-I), fué debatido en el Pleno del Congreso (Diario de Sesiones n.º 217, pp. 9.961-9.982) el 13 de junio de 1985. Los Diputados A. Monforte Arregui (GPV) y J. M. Bandrés Molet (EE,GM) pidieron la abolición total de la pena de muerte. Pocas fechas después,

(104) RAUL ALBERTO FROSALI, "Sulla pena di morte in generale e nel Diritto penale comune italiano", en *Estudios Penales en Homenaje al P. Julián Pereda*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, pp. 390 s.

J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 10ª edición, revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Madrid, 1986, p. 900 (con bibliografía).

CARRARA, *Programa del Corso di Diritto Criminale. Parte Generale*, ed. Giusti, Lucca, 1875, párrafo 661.

(105) CHRISTIAN HELFER, *sub voce* Todesstrafe, en *Handwörterbuch für Kriminologie*, 2ª ed. T. III, Berlin, 1975, p. 348.

(106) R. RAUL ZAFFARONI, *Derecho Penal Militar*, Buenos Aires, ed. Ariel, 1980, pp. 61 s., 79 ss., 83.

IDEM, *Derecho Penal*, tomo V, p. 109.

los días 22 y 23 de octubre de 1985, tuvo lugar el debate en el Pleno del Senado (Diario de Sesiones, nums. 137 y 138, pp. 6.427-6.510) con intervenciones también en pro de la abolición total de la pena de muerte formuladas por los senadores Vendrell y Durán (C. al S.), Renovales Vivanco (SNV), Fernández Piñar y Afán Rivera (PCE,GM). Ninguna de estas enmiendas prosperaron. El 1.º de junio de 1986 entró en vigor el nuevo *Código Penal Militar* promulgado como Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y publicado en el BOE, n.º 196, de 11 de diciembre del mismo año (107).

Su artículo 25 dispone que "La pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera". Anteriormente, el art. 14 establece qué debe entenderse por el término "en tiempo de guerra". Según el Código, "comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de la guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesan éstas".

A continuación, el art. 29 determina que la pena de muerte llevará consigo la accesoria de inhabilitación absoluta, y el art. 45 establece, para los delitos que se hallan castigados con la pena de muerte, el plazo de prescripción a los 20 años.

Según este Código Penal Militar se puede imponer la pena de muerte en múltiples — excesivos — supuestos: delitos de traición (arts. 49 y 50), espionaje (art. 52), delitos contra las leyes y usos de guerra (arts. 70, 71 y 76), rebelión (art. 79), delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar que causan lesiones graves o muerte (arts. 85 y 86), atentado contra autoridad militar igualmente con resultado de muerte o lesiones graves (art. 87), lo mismo en el delito de sedición (art. 91), maltrato a superior, con los mismos resultados, o insultos (art. 98), desobediencia (art. 102), abuso de autoridad con resultado de muerte (art. 104), cobardía (arts. 107, 109, 111), delitos contra los deberes del mando (art. 130), abandono o de un servicio de armas o transmisiones (art. 144), abandono del puesto por centinela (art. 146), o incumplir sus obligaciones con grave daño para el servicio (art. 147), delitos contra la integridad del buque de guerra o aeronave militar (art. 165) (108).

(107) FELIPE HIGUERA GUIMERA, "La nueva reforma e innovación del Derecho Penal Militar español", en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)*, Madrid, 1986, pp. 371 ss.

NICOLAS GARCIA RIVAS, "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", en *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, pp. 347 ss.

(108) Más información en GARCIA RIVAS, "La reinstauración..." pp. 349 ss.

El legislador ha rebasado el marco constitucional y ha olvidado que la pena de muerte únicamente puede establecerse (a tenor de la Constitución) para proteger un determinado bien jurídico, sólo para delitos muy graves que guarden relación directa con una situación bélica y que precisamente afecten la buena marcha de las operaciones bélicas militares <sup>(109)</sup>.

A tenor de los artículos 74-76 del *Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares* aprobado por Real Decreto 3.331/1978, de 22 de diciembre, tan pronto como sea firme la sentencia "se trasladará al reo a una celda o departamento aislado del que no pueda salir sino para el pasco reglamentario... será objeto de una vigilancia especial, adoptándose todas aquellas prevenciones útiles para evitar que atente contra su vida o pueda evadirse... El Capellán de la prisión visitará asiduamente al condenado, si éste lo desca. Si solicita asistencia espiritual de otro sacerdote o ministro de otra religión, se le complacerá en lo posible...".

En cuanto a la manera de ejecutarse la pena de muerte, el art. 871 del nuevo Código de Justicia Militar (*Ley Orgánica 9/1980*, de 6 de noviembre, BOE n.º 280, de 12 de noviembre) ordena sea "mediante fusilamiento y sin publicidad". Por otra parte, una de las modificaciones introducidas en el citado Código de Justicia Militar suprime el ritual público y solemne de la degradación que establecía el antiguo y derogado art. 879: "Cuando a la pena de muerte deba preceder la degradación militar, el sentenciado irá vestido de uniforme completo, llevando su espada, si fuese oficial, uno de los soldados de la escolta.

Colocado el reo en el centro del cuadro frente a la bandera o estandarte, dispondrá el Juez instructor que el oficial sentenciado ciña la espada, e inmediatamente después que un sargento le despoje de ella, haciendo además de romperla y arrojarla al suelo. Asimismo, le irá despojando de todas las insignias y condecoraciones.

El Instructor pronunciará previamente esta fórmula: *Despojad a... (el nombre del sentenciado) de sus armas, insignias y condecoraciones, de cuyo uso la Ley le declara indigno; la Ley lo degrada por haberse él degradado a sí mismo*".

Ya en el siglo pasado se criticaba con horror y estremecimiento la legislación militar española respecto a la pena de muerte <sup>(110)</sup>.

---

(109) MARIA JOSE ANON ROIG/JAVIER DE LUCAS Y MARTIN/ERNESTO JAIME VIDAL GIL, "Notas sobre una legislación amenazante", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29 (1986), pp. 285 ss.

FELIPE HIGUERA GUIMERA, *La Previsión Constitucional...* pp. 78 ss.  
IDEM, *El Real Decreto-Ley n.º 45/78, que sustituyó la pena de muerte: problemas y soluciones*, Barcelona, ed. Bosch, 1983.

(110) MANUEL TORRES CAMPOS, *La Pena de Muerte y su Aplicación en España*, Madrid, F. Góngora y Cía. Editores, 1979, pp. 43 s.

### VIII. *Abolicionismo total*

Un grupo cada día mayor de filósofos, teólogos, literatos, criminólogos, artistas, sociólogos y penalistas (en el cual me incluyo) considera más justa, en nuestra sociedad actual, la respuesta abolicionista total (no absoluta) incluso en el Derecho Penal Militar y en tiempos de guerra. Así, por ejemplo, opinan en España Marino Barbero, Berdugo, Beristain, Cobo del Rosal, García Valdés, Gimbernat Ordeig, entre otros muchos. Mantienen idéntica postura en el extranjero Marc Ancel, Bassiouni, Bedau, Jeschek, Elías Neuman y muchos más que estigmatizan como ilícita la pena de muerte también en casos de estado de necesidad y de guerra.

En España sólo una minoría de los ciudadanos pretende que la abolición constitucional de la pena de muerte se amplíe de manera que comprenda también los tiempos de guerra. Una muestra de esta opinión puede verse en el hecho de que el Informe Anual de la Asociación pro Derechos Humanos de España (diciembre 1986) no se manifiesta en este sentido. No habla en favor de la abolición total, ni en sus recomendaciones a los Poderes públicos <sup>(111)</sup>.

JESCHECK, en su informe a la Gran Comisión para la reforma del Código Penal alemán en el año 1959, declara inadmisibile la pena de muerte incluso en tiempo de guerra. Niega la fuerza intimidante de que hablan los retencionistas y recuerda que "el motivo más profundo contra la pena de muerte es que todo hombre hasta su último minuto está llamado a participar en la gracia de Dios", y este argumento vale también en caso de guerra <sup>(112)</sup>.

Algo de esto, desde otra perspectiva, indica GARCIA SABEL: La muerte es el acabamiento de los males físicos y es también el alborear de vivencias transmudanas. Que luego estas vivencias se cumplan o no, es algo que nosotros, los científicos, desde esta ribera, no podemos asegurar. Pero que la ilusión de la tras-vida ilumina intensamente el minuto último del hombre, eso no puede ser negado <sup>(113)</sup>.

Eminentes juristas que han luchado en la guerra manifiestan su desacuerdo con el argumento en favor de la sanción capital para mantener la moral bélica de los militares, pues, como ellos dicen, poca moral tiene un ejército que actúa por temor a la pena de muerte. Los militares, por sus características personales y por las circunstancias bélicas, son menos aptos para intimidarse.

---

(111) Asociación pro Derechos Humanos de España, *Informe Anual. Derechos Humanos en España 1986*, Madrid (diciembre 1986), pp. 87 ss.

(112) HANS-HEINRICH JESCHECK, en su informe a la Gran Comisión para la reforma del Código Penal alemán, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. 11, Bonn, Beratungen zur Todesstrafe, 1959, p. 36.

(113) DOMINGO GARCIA SABEL, "Antrópología de la muerte", en *Boletín Informativo*, 166, Madrid, Fundación J. March, enero 1987, p. 31.

Según el catedrático de Friburgo <sup>(114)</sup>, la pena capital debe quedar abolida también en situaciones de supuestos de estado de necesidad y/o de guerra. Únicamente si se produjera un completo quebrantamiento del orden público (por ejemplo, después de una explosión atómica) y sólo quedara la pena de muerte para posibilitar en el caos general la supervivencia de por lo menos una parte de la población podría recurrirse a ella, pero este supuesto de ninguna manera podría ser regulado por el legislador porque entonces la construcción de un nuevo orden estatal debería comenzar bajo unos presupuestos en principio desconocidos ("doch ist das kein Fall, für den der Gesetzgeber Vorsorge treffen könnte"). Esta ejecución no sería, pues, la sanción de que nosotros hablamos.

Cuando proponemos el abolicionismo total negamos la excepción legal en los tiempos de guerra, pero, no pretendemos absolutizar nuestra respuesta. Somos conscientes de los límites y del relativismo inherente a la ciencia penal, como a todas las ciencias. Dejamos, pues, como Jescheck y tantos otros, una puerta abierta a la muerte "supra-jurídica" (por denominar de alguna manera aquella situación que rebasa nuestras circunstancias científico-jurídicas presentes) <sup>(115)</sup>.

También se manifiesta contra la pena de muerte en todo caso MANUEL DE IRUJO, como lo afirma repetidas veces y con noble estilo. Sus Memorias en el Ministerio de Justicia, de Madrid <sup>(116)</sup>, patentizan al abolicionista también en tiempos de la guerra civil española, porque él "alienta emociones cristianas y democráticas, estima que la vida es el primer derecho del hombre, y reputa que su respeto y garantía constituye singular obligación en una sociedad humana digna de este nombre".

Estos motivos siguen manteniendo validez también en tiempos de guerra y para los militares... Mejor dicho, más y especialmente en tiempos de guerra y para los militares, pues si alguien debe considerarse desautorizado para imponer la pena de muerte, es precisamente un tribunal militar

---

(114) HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch*, 1ª ed., p. 500, y con algunas nuevas matizaciones en la 3ª ed., p. 613. Hay traducción en castellano de la 3ª ed., vol. II, pp. 1.054 ss. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981. En sentido parecido, ALT, *Das Problem des Todesstrafe*, 1960, pp. 163 ss.

(115) MANUEL GARCIA DONCEL, "Las creencias del científico. Aproximación epistemológica", en *Asociación Internacional de Estudios Médico-Psicológicos y Religiosos (X Congreso Internacional)*, Barcelona, 22-27 julio 1986, pp. 1 ss. WINFRIED HASSEMER, "Hermenéutica y Derecho", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, nº 25 (1985), pp. 63-85. RAYMONDIS, "Epistemologie et recherche", en *Memoria del VI Congreso Internacional de Criminología*, vol. I, Madrid, ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1973, pp. 473 ss. ALBERTO S. MILLAN, "Presupuesto epistemológico de la criminología", en *Memoria del VI Congreso Internacional...*, pp. 509 ss.

(116) MANUEL DE IRUJO, *Un Vasco en el Ministerio de Justicia, Memorias 1*, Buenos Aires, Ekin, 1976, pp. 88 ss. Puede verse el anexo III ao final del libro.

y en tiempo de guerra, ya que dada la formación y la profesión principal de quienes componen esos tribunales, y dado el contexto socio-político y la situación en que intervienen, resulta el tribunal menos apto y menos capacitado para atender y entender con justicia al momento de valorar los hechos y de dictar su sentencia contra una persona que muchas veces será condenada como delincuente político.

Atinadamente escribe UNAMUNO <sup>(117)</sup> que “el bien juzgar exige, ante todo y sobre todo, independencia de criterio, y la disciplina jerárquica, así como el detestable y dañisísimo espíritu de cuerpo, ahoga toda independencia de él. . . Hay, además, algo acaso más delicado que juzgar, y es enjuiciar. Para enjuiciar hace falta más práctica, más tino, más inteligencia especial, más tradición técnica que para juzgar. Lo difícil no es fallar un proceso sino llevarlo a cabo”. “Y es muy fácil, facilísimo, que quien está educado para mandar y obedecer como en la milicia se manda y se obedece, se vea inducido, por la fuerza del hábito, a aplicar al enjuiciamiento de supuestos delitos, procederes y métodos que no son los más adecuados para obtener la verdad de los hechos”.

Las circunstancias personales y cívicas en que actúan los tribunales bélicos contribuyen a que la serenidad y la imparcialidad brillen por su ausencia. Sus condiciones sociales y temporales le prestan a mortales e *irremediables* errores.

Otro de los argumentos que abogan en nuestros días por la abolición total — dentro de la relatividad que imponen los límites de la filosofía de las ciencias — se apoya en que el derecho a la vida es un derecho *no graduable*. Mientras que los otros derechos fundamentales (la libertad ideológica, la intimidad personal, el derecho a la educación etc.) pueden darse en mayor o menor grado, en cambio, el derecho a la vida no admite esta graduación; o el delincuente lo tiene o no lo tiene, *tertium non datur*, no existen términos medios <sup>(118)</sup>. Se trata del valor más noble. Es un problema de cualidad sagrada, de “sanctity of life”, donde no se discute sobre la cantidad.

No cabe mantener hoy la sanción aniquilante acudiendo a las circunstancias (genéricas) de estado de necesidad y/o de legítima defensa en casos extremos. Tanto el fundamento como el fin de la legítima defensa y del estado de necesidad difieren del fundamento y quizás también del fin de la pena de muerte. Aquellas circunstancias eximentes de justificación y/o

---

(117) MIGUEL DE UNAMUNO, “La patria y el ejército”, en *IDEM*, *Obras Completas*, tomo III, Madrid, 1968, pp. 843 ss.

(118) M. CHERI.. BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, Illinois, ed. Charles C. Thomas, Springfield, 1978, pp. 42 ss., 120 ss.

M. BARBERO, “La pena de muerte en la Constitución”, en *Sistema*, mayo 1981, pp. 52 s.

de exculpabilidad, según los casos, se basan (dicho muy resumidamente) en la incapacidad excepcional de la ley y de la autoridad, para alcanzar sus metas "normales", en la no motivabilidad de la norma para el caso concreto etc., y pretenden que el mal inevitable sea el menor posible. En cambio, la pena capital se basa en la ley de la fuerza y del poder de la coerción bruta. Quizás la finalidad de las tres instituciones sea la misma dentro de algunas teorías: las que opinan que la pena de muerte pretende un mal menor (recordemos la argumentación formulada por Sto. Tomás de Aquino, Alfonso de Castro etc., del miembro canceroso, corrompido, que amenaza a todo el organismo).

A la luz de lo hasta aquí expuesto puede concluirse que el artículo 15 de la Constitución española se contradice a sí mismo al establecer en su primer párrafo el derecho a la vida para todos, sin excepción, mientras que en el párrafo segundo permite que las autoridades judiciales priven de la vida a ciertas personas en determinadas circunstancias.

Debe equipararse la prohibición incondicional de la pena de muerte con la prohibición de la tortura o del genocidio. No parece, en cambio, totalmente equiparable con la prohibición de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues éstos, según la doctrina que considero más acertada, son grados menores que la tortura. Esta sí debe prohibirse siempre y sin excepciones. No exigen tanta "absolutez" y severidad, en cambio, algunos tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>(119)</sup>. No olvidemos que nuestros conceptos, nuestras aproximaciones a la realidad son frutos de experiencias humanas unitarias pero cambiantes y dinámicas.

En última instancia la exigencia ética tiene aquí algo decisivo que decir. Podemos recordar la opinión de K. Barth y de los obispos de EE.UU. Estos concluyen su documento urgiéndonos a considerar que "los condenados a muerte están, como nosotros todos, entre los pecadores a quienes el Hijo del Hombre vino a salvar (:who, like us, are among those sinners whom the Son of Man came to save). Y sus últimas palabras ofrecen el argumento más definitivo: "contemplemos a Cristo crucificado que nos da el supremo ejemplo de perdón y del triunfo del amor compasivo" (120). Esta nueva dimensión integradora y armónica del delito con la victimación, con la pena y con la indulgencia encuentra confirmación, desde otra perspectiva, en la física moderna y algunos misticismos: "las teorías y modelos principales de la Física moderna llevan a una visión del mundo que es internamente consistente y que está en perfecta armonía

---

(119) ANGEL TORIO, "La prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes", en *Los Derechos Humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, IV Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, pp. 103 ss.

(120) U. S. BISHOPS, "Statement on Capital Punishment", en *Origins NC Documentary Service*, 27 noviembre 1980, vol. 10, n.º 24, pp. 373 ss.

con las visiones del misticismo oriental" (FRITJOF CAPRA, *El TAO de la Física*, Una exploración de los paralelos entre la física moderna y el misticismo oriental, Madrid, Luis Carcamo editor, 1984, p. 345).

Como conclusión de todo lo indicado opinamos que el elemental derecho — en tantos países cada día más y más estimado — a la vida, a la muerte y al morir cotidiano propios exige la abolición del castigo capital que, al desacralizar, desmitificar, profanar y envilecer el morir y la muerte, niega (o intenta negar) frontalmente ese tan noble derecho-quehacer constitutivo y definitivo constante de cada persona, como explican, por ejemplo Heidegger y Unamuno; consideramos inadmisibles hoy y para siempre (un siempre científico-relativo) el castigo capital, pues, recordando las orientaciones epistemológicas marcadas por el Maestro de Padua, opinamos que en nuestro campo jurídico-criminológico los valores del espíritu, los derechos de la persona, priman sobre cualquier argumentación lógica: "Siamo, qui, ad un primato della cultura più che della logica" <sup>(121)</sup>.

#### IX. Anexo

#### PROTOCOLO N.º 6 (RESPECTO A LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE)

AL CONVENIO EUROPEU PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES  
(20 mayo 1952), BOE., 10-10-1979 y 10-5-1982.

Los Estados miembros del Consejo de Europa, firmantes del Presente Protocolo al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante denominado "el Convenio").

Considerando que la evolución experimentada en muchos Estados miembros del Consejo de Europa manifiestan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte;

Han convenido en lo que sigue:

#### *Artículo 1*

La pena de muerte debe ser abolida. Nadie puede ser condenado a tal pena ni ejecutado.

---

(121) G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, 12ª edición, Padova, Cedam, 1986, pp. 15, 838.

## *Artículo 2*

Un Estado puede prever en su legislación la pena de muerte para los actos cometidos en tiempo de guerra o en peligro inminente de guerra; tal pena no será aplicada más que en los casos previstos por esta legislación y de acuerdo con sus disposiciones. Este Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las disposiciones correspondientes de la legislación al efecto.

## *Artículo 3*

No se autoriza derogación alguna a las disposiciones del presente Protocolo a tenor del artículo 15 del Convenio.

## *Artículo 4*

No se admite reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo a tenor del artículo 64 del Convenio.

## *Artículo 5*

1. Todo Estado puede, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación, señalar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Todo Estado puede, en cualquier otro momento posterior, por una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, extender la aplicación del presente Protocolo a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Protocolo entrará en vigor, respecto a ese territorio, el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración hecha en virtud de los dos párrafos precedentes podrá ser retirada, en lo que concierne a cualquier territorio designado en esta declaración, por notificación dirigida al Secretario General. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

## *Artículo 6*

Los Estados Partes consideran los artículos 1 al 5 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio, y todas las disposiciones del Convenio se aplican en consecuencia.

### *Artículo 7*

El presente Protocolo está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, firmantes del Convenio. Será sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Un Estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber simultánea o anteriormente ratificado el Convenio. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación serán depositados ante el Secretario General del Consejo de Europa.

### *Artículo 8*

1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha en la cual cinco Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado su consentimiento en estar vinculados por el Protocolo conforme a las disposiciones del artículo 7.

2. Para todo miembro que manifieste posteriormente su consentimiento en quedar vinculado por el Protocolo, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha del depósito del instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

### *Artículo 9*

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo:

- a. cualquier firma;
- b. el depósito de todo instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación;
- c. toda fecha de entrada en vigor del presente Protocolo conforme a los artículos 5 y 8;
- d. cualquier otro acto, notificación o comunicación que tenga relación con este Protocolo.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a este efecto, han firmado el presente Protocolo.

Estrasburgo, 28 de abril de 1983.