

# Pena de muerte y política criminal

**ANUARIO DE DERECHO PENAL 2007**

**DOCTRINA \* JURISPRUDENCIA \* LEGISLACIÓN \* BIBLIOGRAFÍA**

**José Hurtado Pozo**  
Director



Universidad de Friburgo  
Suiza



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ



PENA DE MUERTE Y POLÍTICA CRIMINAL  
ANUARIO DE DERECHO PENAL 2007



**PENA DE MUERTE Y POLÍTICA CRIMINAL**  
**ANUARIO DE DERECHO PENAL 2007**

**\*DOCTRINA \*JURISPRUDENCIA \*LEGISLACIÓN \*BIBLIOGRAFÍA**

**JOSÉ HURTADO POZO**

**DIRECTOR**



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

**FONDO  
EDITORIAL**



**Universidad de Friburgo**  
**Suiza**

*Pena de muerte y política criminal*

Primera edición: abril de 2008

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono (51 1) 626-6200

Fax: (51 1) 626-6156

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2008

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: [jose.hurtado@unifr.ch](mailto:jose.hurtado@unifr.ch)

Diseño de cubierta: Fondo Editorial de la PUCP

Diagramación de interiores: Juan Carlos García Miguel

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN: 978-9972-42-850-0

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-05163

Impreso en el Perú – Printed in Peru

PENA DE MUERTE Y POLÍTICA CRIMINAL  
ANUARIO DE DERECHO PENAL 2007

DIRECTOR

José Hurtado Pozo

Asociación Peruana de Derecho Penal

CONSEJO DIRECTIVO

José Hurtado Pozo, Presidente

Florencio Mixán Mass, Vicepresidente

Manuel Cerpa Cerpa, Secretario

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Nodier Agudelo Betancourt (Medellín)

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Salamanca)

Juan Bustos Ramírez (Santiago de Chile)

José Luis de la Cuesta Arzamendi (San Sebastián)

José Luis Diez Ripollés (Málaga)

Florencio Mixán Mass (Trujillo)

Francesca Molinari (Génova)

Franz Riklin (Friburgo)

Klaus Tiedemann (Friburgo de Brisgovia)



## HOMENAJE A MANUEL CERPA CERPA

A partir del próximo número, Manuel Cerpa Cerpa no participará en la publicación del *Anuario de Derecho Penal*. Desde el inicio de esta aventura, en 1988, con la modestia que lo distingue, nos prestó su calificada y entusiasta apoyo. Sin su colaboración hubiera sido muy difícil que lleváramos adelante la tarea de mantener activa, en el campo del derecho, la plataforma cultural que constituye nuestra publicación.

La cooperación que nos ha brindado es solo una de sus diversas actividades sociales y académicas. En todas ellas ha puesto en evidencia su sólida formación de jurista, su honesto y noble ejercicio de la abogacía, su firme convicción en la defensa del Estado de derecho y la justicia, su generosa actividad social sobre todo en el ámbito de su añorada Moquegua, sus amplios conocimientos en literatura e historia.

Por todas estas razones y como muestra de agradecimiento, dedicamos el presente volumen a Manuel Cerpa Cerpa, amigo entrañable, esperando compensar, aunque modestamente, su invalorable ayuda.



*No hay pues que hacerse ilusiones  
y prevenid las mortajas  
pues tengo las intenciones  
de rellenar los panteones  
de muertos con o sin cajas.*

ANÓNIMO

*Parece absurdo que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y para separar los ciudadanos del intento de asesinar ordenen un público asesinato.*

CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Bogotá 1994, Capítulo 28: 67

*Ceux qui croient à la valeur dissuasive de la peine de mort méconnaissent la vérité humaine. La passion criminelle n'est pas plus arrêtée par la peur de la mort que d'autres passions ne le sont qui, celles-là, sont nobles.*

ROBERT BADINTER, *Extrait d'un discours à l'Assemblée nationale - 17 Septembre 1981. L'Assemblée nationale déclara l'abolition de la peine de mort le 9 octobre 1981*



## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	21
<b>DOCTRINA</b>	
El intento de ampliar la aplicación de la pena de muerte en el Perú <b>JOSÉ FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI</b>	31
Análisis crítico de las propuestas de implementación de la pena de muerte en el sistema penal peruano <b>PERCY GARCÍA CAVERO</b>	43
El Proyecto 669/06-PE y la pena de muerte <b>ELIZABETH SALMÓN</b>	57
Pena de muerte: paroxismo del «derecho penal» del enemigo <b>MANUEL CANCIO MELIÁ</b>	67
El debate sobre la pena de muerte en las disciplinas criminales <b>JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA</b>	83
Pena de muerte y magisterio católico <b>PEDRO MONTANO GÓMEZ</b>	95
Pena de muerte y política criminal en el Perú <b>JOSÉ HURTADO POZO</b>	103

La pena de muerte, nuevo centro de las relaciones internacionales <b>EMMANUEL DECAUX</b>	131
La pena de muerte en el marco del punitivismo contemporáneo <b>ABEL TÉLLEZ AGUILERA</b>	153
Aculturación y el desarrollo de la doctrina relativa a la pena de muerte en los Estados Unidos de Norteamérica <b>KRISTA L. PATTERSON</b>	177
Ley constitucional n° 2007- 239 del 23 de febrero 2007. Relativa a la prohibición de la pena de muerte (Francia) <b>JOSEPH DU PUIT</b>	207

#### **DOCUMENTOS**

Posición de la Defensoría del Pueblo con relación a la pena de muerte <b>EDUARDO VEGA LUNA</b>	213
La pena de muerte. Informe Jurídico elaborado para el Colegio de Abogados de Lima <b>WALTER ALBÁN PERALTA / RONALD GAMARRA HERRERA / CARLOS RIVERA PAZ / FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS</b>	221
Comentarios al proyecto de ley 669-2006/CR sobre la aplicación de la pena de muerte para casos de terrorismo	245

#### **ANEXOS**

Proyecto de Ley n° 282/2006-cr de reforma constitucional, que modifica el artículo 140° de la constitución, e impone la pena de muerte en caso de violación sexualde menor de siete años de edad seguida de muerte	261
Proyecto de Ley n° 281/2006-pe de reforma constitucional del articulo 140° de la constitución política	268
Proyecto de Ley n° 164/2006-crque propone modificar el artículo 140 de la constitución	279
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	293

## ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO

### **Walter Albán Peralta**

*Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú*

### **Manuel Cancio Meliá**

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid (España)*

### **José Francisco Eguiguren Praeli**

*Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

### **Emmanuel Decaux**

*Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pathéon-Assas (Paris II) (Francia)*

### **Joseph du Puit**

*Colaborador científico. Seminario de Derecho Penal. Universidad de Fribourg (Suiza)*

### **Ronald Gamarra Herrera**

*Abogado, miembro del Consorcio Justicia Viva*

### **Percy García Caveró**

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Piura*

### **José Luis Guzmán Dálbora**

*Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral en la Universidad de Valparaíso (Chile)*

### **José Hurtado Pozo**

*Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Fribourg (Suiza)*

**Pedro Montano Gómez**

*Profesor Agregado de Derecho Penal de la Universidad de la República, (Uruguay)*

**Krista L. Patterson**

*Abogada. Los Angeles, California*

**Carlos Rivera Paz**

*Abogado, miembro del Consorcio Justicia Viva*

**Elizabeth Salmón**

*Coordinadora académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

**Abel Téllez Aguilera**

*Magistrado. Profesor Asociado de la Universidad de Alcalá (España)*

**Eduardo Vega Luna**

*Defensoría del Pueblo. Adjunto para los Derechos Humanos*

**Felipe Villavicencio Terreros**

*Profesor de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú*

## **ABREVIATURAS**

<b>ADP</b>	Anuario de Derecho Penal (Perú)
<b>AFDI</b>	Annuaire Français de Droit International
<b>AJ</b>	Anales Judiciales (Perú)
<b>AJP</b>	Aktuelle Juristische Praxis (Suiza)
<b>AT</b>	Allgemeiner Teil (parte general)
<b>ATF</b>	Arrêt du Tribunal Fédéral (Suiza)
<b>APCE</b>	Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa
<b>BT</b>	Besonderer Teil (parte especial)
<b>CADH</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDE</b>	Convención sobre los derechos de la infancia
<b>CM</b>	Consejo de Ministres (UE)
<b>CPd</b>	Código Penal derogado
<b>cf.</b>	cónfer, consultar
<b>CIDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CIJ</b>	Corte Internacional de Justicia
<b>CJM</b>	Código de Justicia Militar
<b>Const.</b>	Constitución
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPC</b>	Código Procesal Constitucional
<b>CPP</b>	Código Procesal Penal

<b>CProP</b>	Código de Procedimientos Penales
<b>CVR</b>	Comisión de la Verdad y la Reconciliación
<b>DUDH</b>	Declaración Universal de los Derechos Humanos
<b>DL</b>	Decreto Ley
<b>DLeg</b>	Decreto Legislativo
<b>Doc.</b>	Documento
<b>DP</b>	Defensoría del Pueblo
<b>ECHR</b>	Corte Europea de Derechos Humanos
<b>EuGRZ</b>	Europäische Grundrecht-Zeitschrift (Alemania)
<b>EM PL</b>	Exposición de motivos de proyecto de ley
<b>F.</b>	Fundamento (s)
<b>FJ</b>	Feuilles Juridiques Suisses (Suiza)
<b>FS</b>	Festschrift (Libro homenaje)
<b>G.A.</b>	General Assembly/Asamblea General
<b>ICCPR</b>	International Covenant on Civil and Political Rights
<b>JCP</b>	Juris Classeur Pénal (Francia)
<b>JdT</b>	Journal des Tribunaux (Suiza)
<b>JW</b>	Juristische Woche (Alemania)
<b>JZ</b>	Juristische Zeitung (Alemania)
<b>LECrim</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)
<b>LOJM</b>	Ley Orgánica de Justicia Militar
<b>LOMP</b>	Ley Orgánica del Ministerio Público
<b>LOTC</b>	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
<b>Nº</b>	Número (s)
<b>NJW</b>	Neue Juristische Woche (Alemania)
<b>NU</b>	Naciones Unidas
<b>ONG</b>	Organización no gubernamental
<b>p.</b>	Página (s)
<b>Pf.</b>	Párrafo (s)
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>Res.</b>	Resolución
<b>Rev. sc. crim.</b>	Revue de Sciences Criminelles (Francia)
<b>Riv. it. dir. proc. pen.</b>	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale (Italia)

<b>RPCP</b>	Revista Peruana de Ciencias Penales
<b>RPProP</b>	Revista Peruana de Derecho Procesal Penal
<b>RPS/SchweizZStr</b>	Revue Pénale Suisse (Suiza)
<b>SCS</b>	Sentencia de la Corte Suprema
<b>SJZ</b>	Schweizerische Juristische Zeitung (Suiza)
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú)
<b>STCE</b>	Convenio europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local
<b>STSup</b>	Sentencia de Tribunal Superior
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>T.</b>	Tomo (s)
<b>TPIY</b>	Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>UN/ONU</b>	Naciones Unidas/Organización de Naciones Unidas
<b>U.S.C.</b>	United States Code
<b>VVDStRL</b>	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer (Alemania)
<b>ZBJV</b>	Zeitschrift des bernischen Juristenverein (Suiza)
<b>ZStW</b>	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Alemania)



## PRESENTACIÓN

Si bien puede admitirse que la historia de la pena de muerte es la historia de su abolición, también lo es que se trata de una historia sin fin. Es conservada y aplicada en países cuyos gobiernos se declaran defensores y promotores, aun mediante la fuerza, de los derechos humanos en todo el mundo. Para enmascarar esta contradicción, suspenden por cierto lapso su aplicación, la declaran inaplicable en caso de menores o de débiles mentales, buscan métodos más civilizados para ejecutar pena tan inhumana.

Se impone la pena capital, de manera frecuente y expeditiva, en los países sometidos a regímenes dictatoriales, los que hacen del derecho penal un instrumento de represión y niegan los derechos humanos, considerándolos inaplicables por estimarlos incompatibles con sus culturas nacionales. Ella es considerada entonces medio corriente para reprimir numerosos delitos.

En los países en los que ya se ha suprimido la pena de muerte, los abolicionistas deben mantenerse alertas para impedir que sea reestablecida. Con este fin, insertan, por ejemplo, en sus constituciones sendas disposiciones para prohibirla de manera absoluta. Así, impiden que vuelva a ser incorporada en el catálogo de penas, pues toda propuesta en este sentido resulta improcedente por anticonstitucional.

La confrontación entre los partidarios y enemigos de la pena de muerte se da en todos los sectores y niveles sociales. Continúa siendo apasionada e intensa, debido a que el objeto en cuestión toca aspectos esenciales de la persona: la vida y la posibilidad de disponer de ella.

En el seno de los diversos sectores sociales, partidos políticos e instituciones profesionales o académicas, las opiniones están divididas a pesar de que se comparta una misma ideología política, cultural o religiosa. Así, no puede afirmarse que los militantes y simpatizantes de los partidos denominados progresistas sean favorables necesariamente a la abolición de la pena capital y que, por el contrario,

los seguidores de los partidos calificados de conservadores, lo sean de mantenerla o reintroducirla.

El mantenimiento de la pena de muerte o su abolición suponen siempre, según el contexto en el que se producen, una voluntad política decidida a optar en favor de uno u otro de los extremos de la alternativa. Voluntad política acorde, según los casos, tanto con la opinión mayoritaria como en contra de la misma. Sin embargo, la experiencia muestra que su exclusión del catálogo de sanciones penales será alcanzada y consolidada solo en la medida en que se logre convencer a los diversos sectores sociales de la crueldad, inutilidad e ineficacia de dicha pena.

En los países subdesarrollados política y económicamente como el nuestro, debido a la debilidad del Estado, su incapacidad para estar presente en diversas zonas del país, su deficiente política social y penal, la desconfianza e incredulidad de los pobladores en la eficacia del control social aumentan; desarrollándose en estos la creencia de que el aumento de la criminalidad es debido a la blandura de las penas. Creencia que es explotada políticamente para ganar votantes dándoles un sentimiento de seguridad mediante la agravación de las penas, comprendida la previsión de la pena de muerte. Esta es presentada como panacea contra la criminalidad más grave.

Las propuestas gubernamentales y de partidos políticos para reimplantar la pena capital en el Perú constituyen, por tanto, un acontecimiento previsible. La decisión de dedicar el presente volumen del Anuario de Derecho Penal al tema de la pena capital es sin duda una manifestación de reacción democrática y favorable a los derechos humanos.

Lo hacemos convencidos de que si bien la posición que se adopta sobre el tema es una cuestión íntima, personal, que depende de consideraciones políticas, religiosas, morales, cada vez más se impone la convicción de que no conviene implantarla ni aplicarla en la medida en que nadie puede arrogarse el poder de decidir sobre la vida o muerte de un ser humano; que matar a título de pena constituye en sí mismo un atentado contra los derechos humanos, un tratamiento cruel y degradante; que la ejecución de esta pena es irreversible y que imposibilita enmendar los errores que pueden cometer los jueces; que representa un acto de venganza por el que se legitima la violencia en lugar de conciliar las relaciones sociales. Además de estas cuestiones de principio, también se pueden señalar otros aspectos negativos: no se ha comprobado que sea una medida disuasiva ni que su aplicación influya en los porcentajes de criminalidad; la experiencia muestra que es impuesta de preferencia a infractores provenientes de los sectores sociales menos favorecidos o de minorías; y que es sobre todo utilizada por regímenes autoritarios o aparentemente democráticos, en los que la administración de justicia es un instrumento político y de control social.

Para avanzar hacia la abolición general de la pena de muerte, a nivel internacional, se han realizado esfuerzos significativos, los mismos que han culminado con la elaboración y adopción de convenios internacionales. En estos se promueve la reforma de las legislaciones penales nacionales para derogar la pena capital o limitar su aplicación. Un ejemplo particular, pero muy significativo, es la exclusión de dicha pena del catálogo de aquellas que pueden ser impuestas por los tribunales penales internacionales. Por los alcances de dichos convenios relativos al respeto y a la garantía de los derechos humanos, los países que, habiéndolos suscrito, no los respetan deben soportar los graves perjuicios que acarrea necesariamente su actitud inconsecuente.

Las propuestas peruanas en favor de esta pena, además de contradecir la Constitución, no respetan los acuerdos internacionales asumidos por los gobiernos peruanos. Los argumentos expuestos por sus autores no son nuevos y se asemejan bastante a los alegados por las dictaduras militares y los gobiernos parlamentarios que dictaron leyes previéndola. Así, se vuelve a repetir, de modo confuso, que «actualmente, persiste la necesidad de proteger a la sociedad de aquellos que la ponen en peligro: la violación sexual y muerte a menores de catorce años de edad es un problema social que a la fecha ha desbordado cualquier tipo de control disuasivo siendo que conforme avanza el tiempo se suceden nuevos casos, uno más abominable que el otro, a pesar de que existe una legislación penal que sanciona estos ilícitos con cadena perpetua».

Afirmaciones de esta índole implican que se admite la existencia de infractores irrecuperables y que para evitar que sigan delinquirando hay que recurrir a la «solución final» consistente en exterminarlos. Solución que, además del supuesto efecto de intimidación respecto a los delincuentes potenciales (en buena cuenta cualquiera, sino ¿quién se atreve a tirar la primera piedra?), tendría la ventaja de ser menos costosa que la de mantener a los culpables en vida encarcelados a perpetuidad. Razonamiento incorrecto porque se oponen valores incomparables: la vida que debe ser promovida y respetada por el mismo Estado y el patrimonio público, objeto de apropiaciones indebidas y malversaciones frecuentes. Lo que obliga a recordar la deficiente política de ejecución de penas privativas de libertad, caracterizada por la carencia de locales de detención, la insuficiencia de alimentación e higiene, la superpoblación y la deficiente gestión administrativa. Tan malas son las condiciones en que se encarcelan a los procesados, pues son pocos los que habiendo sido condenados cumplen realmente la ejecución de una pena, que cabe preguntarse si en la práctica la pena de muerte no está ya vigente. Se trata de la muerte lenta de los detenidos, en la medida en que el Estado no puede ni siquiera garantizar que el internado en un establecimiento de detención saldrá, si sobrevive hasta su liberación, en el mismo estado de salud, bueno o malo, en el que se encontraba al ser encarcelado.

Los fundamentos en que apoyan sus propuestas los autores de los proyectos peruanos difieren de los utilizados en el pasado por su acentuada índole apriorística y su inspiración religiosa. La primera se revela cuando sostienen, equívocamente, que según las «fuentes de derecho» no existió «polémica sobre la aplicación de la pena de muerte y su legitimidad». Así, se invoca la autoridad de Platón; pero sin citar directamente alguno de sus escritos, sino la Enciclopedia Jurídica Omeba, la que por más seria que sea no es la fuente más autorizada sobre el pensamiento del filósofo griego. Esta falta de rigor, muestra la ligereza con que han sido elaborados los mencionados proyectos. Hay que recordar que mediante la interpretación (en este caso, la manipulación), como se hace también con lo contado en la Biblia, se puede lograr hacer decir a Platón lo que uno quiere que hubiese dicho. Lo que los proyectistas ignoran u ocultan, por ejemplo, es que si bien Platón defendía la pena de muerte, lo hacía respecto a crímenes contra el Estado; es decir por razones políticas.

La orientación religiosa consiste en invocar, por un lado, pasajes de la Biblia para sugerir que «nuestro Señor Jesucristo» es partidario de la pena de muerte para proteger a los niños y, por otro, el Catecismo de la Iglesia Católica (publicado durante el pontificado de Juan Pablo II) para indicar que es admisible recurrir a la pena de muerte para proteger eficazmente la vida humana. En cuanto a esto último, cabe preguntarse si, en nuestro contexto, la pena de muerte es, como dice el Catecismo citado, el «único camino posible» para proteger la vida. Sobre todo teniendo en cuenta que en la Encíclica *Evangelium Vitalis*, el mismo Papa Juan Pablo II escribe: «La medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo *en casos de absoluta necesidad*, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, *estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes*». En realidad, la coloración religiosa de la argumentación es insincera, por lo que cabe sospechar que la invocación de sentimientos cristianos está motivada por la manera oportunista y populista de hacer política, con la finalidad de distraer la atención pública de los verdaderos problemas sociales y económicos, que el gobierno no logra ni siquiera paliar.

La irresponsabilidad e incoherencia con que gobernantes y dirigentes políticos han tratado y tratan el tema de la pena de muerte es solo un aspecto de la deficiente manera de enfrentar a la creciente delincuencia, lo que abre las puertas a continuas propuestas dirigidas a agravar la represión penal. Un ejemplo es la reintroducción de la reincidencia como agravante, ignorando que era suprimida para respetar mejor el principio de la culpabilidad, pilar del derecho penal del Estado de derecho. Otro ejemplo es el de tomar iniciativas tan descabelladas como la de

proponer, por parte de dos bancadas parlamentarias, la pena de muerte civil para reprimir funcionarios responsables de delitos de corrupción. Por falta de información, los proponentes no saben que su planteamiento constituye, solo y en buena cuenta, el restablecimiento de la superada sanción de la «inhabilitación absoluta y permanente», prevista en el Código Penal de 1924 y abandonada, al dictarse el nuevo Código Penal en 1991, por inoperante y contraria a la reintegración del condenado, señalada en ese mismo código como uno de los fines de la pena.

La perplejidad que produce la concepción política que inspira todas esas propuestas crece cuando se escucha al Presidente y ministros sostener la conveniencia, como medida para combatir el terrorismo, de dar a conocer el nombre de todas las personas que fueron procesadas por terrorismo y que han sido liberadas. Medida que es «justificada», primero, afirmando que el país tiene derecho a saber cuál es la situación actual de dichas personas. Segundo, explicando que esa medida no viola los derechos humanos porque alguien que ha cometido homicidios de manera cruel y premeditada, crímenes selectivos, atentados contra el Estado de derecho y la democracia «no es persona en la que se pueda confiar así se diga que ha cumplido su condena o fue indultada». Sacar al tablado todo aquel que haya sido procesado como presunto autor de actos terroristas significa no solo estigmatizarlo, sino también exponerlo a la vindicta pública e indiscriminada, a convertirlo en blanco de un acto de «justicia popular». Por lo tanto, la publicación de esa lista constituye una clara violación no solo de los derechos humanos, sino de los principios mínimos de un orden social civilizado. Pero también es inadmisibles hacerlo en caso de quienes fueron declarados culpables y condenados, pues una vez cumplida la pena estos tienen derecho, como cualquier otra persona, a vivir en sociedad, a condición de respetar las leyes. El simple hecho de haber sido considerados culpables no puede convertirlos en sospechosos permanentes de delinquir. Salvo que por su comportamiento, se justifique, conforme a las reglas del debido proceso, someterlo a nuevo proceso penal. Siendo los mismos los que hacen este tipo de propuestas y quienes promueven la pena de muerte, resulta clara la mentalidad altamente represiva con que se pretenden solucionar el grave problema del aumento de la criminalidad.

Todos estos aspectos de la problemática de la pena de muerte son abordados por los que escriben en este número del Anuario de Derecho Penal, cumpliendo debidamente con su generosa promesa de colaborar, a pesar de sus múltiples ocupaciones académicas y profesionales. El prestigio del que gozan a nivel nacional e internacional nos ahorra la tarea de presentarlos individualmente. Nos limitaremos a destacar brevemente los temas que tratan.

**Eguiguren Praeli** analiza el tratamiento de la pena capital en la perspectiva tanto de la Convención Americana de Derechos Humanos, como de la Constitución

peruana. Su objetivo es presentar tanto el marco normativo referente a esta materia, como el debate jurídico sobre las propuestas gubernamentales para ampliar el ámbito de aplicación de la pena de muerte en el Perú.

**García Cavero** plantea y discute los argumentos expuestos, primero, en las propuestas de reforma del Partido Aprista y del Gobierno, las que son similares por la orientación aprista de este último; y, segundo, en el proyecto del grupo parlamentario del partido Unidad Nacional. Este análisis crítico lo lleva a afirmar que mediante la pena de muerte no se solucionará el problema de la criminalidad violenta, ni de la sexual y a plantear que lo que se impone es hacer más eficaz la persecución penal, mejorando las condiciones personales y materiales en las que los fiscales y jueces desarrollan sus labores.

**Salmón** analiza el Proyecto N° 669/06-PE en la perspectiva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Sus apreciaciones parten de la constatación de que en el derecho internacional de derechos humanos existe actualmente una clara orientación abolicionista. Tendencia que es el resultado tanto de la adopción de diversos tratados mundiales y regionales, como de una concepción más amplia y garantizadora del derecho a la vida. En su opinión, la adopción de dicho proyecto supone la denuncia de la convención interamericana mencionada, lo que limitaría «el derecho constitucional de los peruanos a contar con un mecanismo efectivo de protección de sus derechos humanos en el ámbito internacional».

**Cancio Meliá**, en lugar de abordar la pena de muerte como institución punitiva, prefiere plantear la problemática de esta sanción cuestionando la orientación del derecho penal en el que se trata de introducir o ampliar su aplicación. Esto le permite interrogarse sobre cuál es la política criminal que hace posible la actual evolución, y si cabe ubicar los proyectos de reforma constitucional y legislativa en el Perú favorables a la pena de muerte en la evolución político-criminal de los países pertenecientes al denominado mundo occidental. De esta manera, constata que la política peruana en favor de la pena de muerte se inscribe en la orientación de reforzar la represión para luchar contra los delincuentes calificándolos de enemigos. De manera convincente, termina afirmando que si las propuestas que promueven la pena de muerte son adoptadas en el Perú, se abriría «una brecha mortal en el edificio del Estado de derecho».

**Guzmán Dalbora** reflexiona sobre el supuesto efecto de intimidación de la pena de muerte, la índole irrevocable e irreparable de esta pena, así como sobre si se le debe considerar como recurso insustituible para satisfacer la seguridad colectiva. En este contexto, plantea así mismo la cuestión de las consecuencias morales, políticas y económicas que acarrea el mantenimiento de su aplicación.

**Montano Gómez**, desde una rigurosa perspectiva católica, pasa seriamente revista a la posición de la Iglesia respecto de la pena de muerte. Apoyándose en

los textos católicos capitales y en el pensamiento de sus intérpretes, estudia los argumentos religiosos expuestos por los autores de los proyectos peruanos. De esta manera, logra presentar con claridad la utilización que se hace de dichos criterios.

**Décaux**, como internacionalista, expone la temática de la pena capital en la perspectiva del derecho internacional. Lo que le permite revisar los diversos convenios relativos a esta pena, los mismos que constituyen un enriquecimiento de dicho derecho y demuestran la tendencia a reforzar el respeto de los derechos humanos. Destaca de manera correcta que el tratamiento de la pena de muerte haya sido considerado durante mucho tiempo como un dominio sometido solo a la soberanía interna de los Estados, únicos competentes para adoptar una determinada política criminal y regular el arsenal punitivo que consideran necesario. Frente a este orden público interno, coloca el orden público internacional, el mismo que permite hoy en día cuestionar la legitimidad de la decisión de un Estado de prescribir la pena de muerte.

**Téllez Aguilar** plantea, desde una perspectiva histórica, filosófica y dogmática amplia, la política criminal que debe adoptarse con miras a lograr una reacción social humana y eficaz. Con este objeto, pasa revista a las diversas perspectivas que se plantean en la actualidad, sin olvidar el pensamiento de los clásicos del derecho penal como Carrara. Lo que le hace exigir mayor racionalidad en los argumentos y en las soluciones imaginadas y, por tanto, condena toda reacción visceral ante la criminalidad grave. Sobrentendiendo la Ley del Talión, recuerda que el lema debería ser el de «muerte a la pena de muerte».

**Patterson** describe la evolución de las ideas y políticas relativas a la pena de muerte en los Estados Unidos de Norteamérica y en Europa, así como las interrelaciones que se han dado a lo largo de esta evolución. Con esta finalidad, recurre a los planteamientos de Ryan Goodman y Derek Links, según los cuales la difusión internacional de los derechos humanos se ha producido mediante el recurso a lo que ellos llaman aculturación y no mediante medidas coercitivas. Esta perspectiva, en su opinión, permite comprender mejor las semejanzas existentes en el desarrollo de las ideas en los Estados Unidos y Europa, debido a que ella toma en cuenta las presiones sutiles ejercidas para que los primeros respeten los derechos humanos. Además, Patterson describe la manera como ha sido utilizada la pena de muerte en Europa y en los Estados Unidos, destacando las semejanzas más importantes.

**Du Puit** ha traducido y presentado brevemente la Ley constitucional francesa N° 2007- 239 del 23 de febrero 2007, relativa a la prohibición de la pena de muerte. Sus comentarios ponen en evidencia los alcances significativos de este decisivo paso de los legisladores franceses con miras a la abrogación definitiva de

la pena capital. Paso que tendrá con seguridad repercusiones en los otros países, así como a nivel internacional.

**Hurtado Pozo** se limita a insertar un trabajo antes publicado y referente a la historia de la pena de muerte en el Perú. Lo ha completado teniendo lo acontecido en los últimos años. Esta modificación es parcial debido a que en algunas de las contribuciones se exponen los diversos y últimos intentos de reintroducir la pena de muerte en el Código Penal peruano y de ampliar su ámbito de aplicación mediante la modificación de la Constitución. La contribución de Hurtado Pozo es útil en la medida en que presenta la perspectiva histórica, sin la cual no es posible una comprensión de lo que sucede en el presente.

La importancia y amplitud del debate generado por las propuestas favorables a la pena de muerte se revelan con firmeza en los sendos pronunciamientos expresados por diversas instituciones nacionales. Por el papel que desempeñan en la actividad jurídica, profesional y académica, hemos considerado indispensable integrar en el presente volumen la toma de posiciones de la Defensoría del Pueblo, el informe del Colegio de Abogados de Lima y los comentarios del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Así mismo y para facilitar la lectura de algunos de los textos publicados, hemos estimado práctico integrar como anexos los proyectos de ley peruanos, al origen de la discusión sobre la pena de muerte.

Cierra el volumen una amplia bibliografía constituida por cada una de las listas de libros que los autores han consultado y citado en sus trabajos. De este modo, se han simplificado las notas de pie de página.

Una vez más, debemos agradecer, primero, a todos los autores de los artículos publicados; segundo, a la Pontificia Universidad Católica del Perú y a la Universidad de Fribourg (Suiza) por su ayuda invaluable, prestada en el marco del convenio que las une. Sin la contribución del Fondo Editorial de la primera Universidad y el apoyo constante y serio de Joseph du Puit y Claudia Hurtado Rivas, no habríamos podido culminar con la preparación de esta publicación.

Fribourg, 30 de noviembre 2007

José Hurtado Pozo

## DOCTRINA



## EL INTENTO DE AMPLIAR LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN EL PERÚ

JOSÉ FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI

**Sumario:** I.- La pena de muerte en la Convención Americana de derechos humanos. 1. La tendencia de la Convención hacia la abolición de la pena de muerte. 2. La prohibición de ampliar o extender la aplicación de la pena de muerte a nuevos delitos. II. La pena de muerte en las anteriores constituciones peruanas. III. De la Constitución de 1979 a la Carta de 1993. IV. Los recientes intentos de ampliar la aplicación de la pena de muerte. V. Reflexiones finales.

A pocos meses de iniciarse en el Perú el nuevo gobierno del Presidente Alan García, este impulsó activamente la ampliación de la pena de muerte para aplicarla a los responsables de violación y subsiguiente asesinato de niños y menores, así como la implementación de dicha pena para los autores de actos de terrorismo. En el primer caso, se requería que el Congreso apruebe una reforma constitucional; en el segundo, en cambio, una ley que la incorpore al Código Penal, pues la pena de muerte para terroristas ya se encuentra contemplada en el artículo 140 de la vigente Constitución de 1993.

Si bien ambas propuestas presidenciales recibieron respaldo de amplios sectores de la población, como explicable reacción social al incremento de este tipo de conductas delictivas durante aquel período, su adopción implicaba contravenir lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, tratado internacional del que es parte el Perú y que constituye el

principal instrumento internacional, de carácter regional, para la protección jurisdiccional de los derechos humanos en Latinoamérica. Por ello fueron también muy intensas y activas las objeciones a estas propuestas presidenciales desde la comunidad académica y las organizaciones de defensa de los derechos humanos, exponiendo argumentos jurídicos de derecho internacional, derecho penal y derechos humanos, así como en el plano ético y de la política criminal. Los fundamentos de esta oposición lograron persuadir, al menos por ahora, a la mayoría de congresistas, que acordaron desestimar las iniciativas encaminadas a la aplicación de la pena de muerte.

En el presente trabajo realizaremos un breve análisis del tratamiento de la pena de muerte en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución peruana, a fin de ofrecer una visión del marco normativo vigente sobre esta materia y del debate jurídico suscitado con las recientes propuestas gubernamentales para extender la aplicación de la pena de muerte en el Perú.

## **I. LA PENA DE MUERTE EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. El Perú la suscribió el 27 de julio de 1977, realizando el depósito del instrumento de ratificación del tratado el 28 de julio de 1978, precisamente el día de celebración del aniversario patrio nacional; paradójicamente, estos actos fueron realizados por un régimen militar que ejercía el gobierno de facto del país. Posteriormente, la Constitución peruana de 1979, en la Décimo Sexta de sus Disposiciones Generales y Transitorias, confirió ratificación constitucional expresa a esta Convención, así como al sometimiento a la competencia contenciosa de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, el sometimiento a la competencia jurisdiccional de la Corte fue nuevamente ratificado por el gobierno democrático ulterior, el 21 de enero de 1981.<sup>1</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos se ocupa expresamente, en su artículo 4, *del derecho a la vida y de la aplicación de la pena de muerte*. Dicha norma dispone:

### Artículo 4. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

---

1 Organización de Estados Americanos. CIDH 2003: 60.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

A continuación analizaremos los aspectos de esta norma que resultan aplicables al tema que nos ocupa.

## **1. La tendencia de la Convención hacia la abolición de la pena de muerte**

Si bien la Convención no logró plasmar la abolición de la pena de muerte, sus trabajos preparatorios y el propio texto del artículo 4 se inscribieron en una clara opción abolicionista. Así lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-3-83, del 8 de septiembre de 1983, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la interpretación de los artículos 4.2 y 4.4 de la Convención, sobre restricciones a la aplicación de la pena de muerte, señalando:

58. Los trabajos preparatorios de la Convención confirman el sentido resultante de la interpretación textual del artículo 4. En efecto, la propuesta de varias delegaciones para que se proscribiera la pena de muerte de modo absoluto, aunque no alcanzó la mayoría reglamentaria de votos afirmativos, no tuvo un solo voto en contra. (Ver en general, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 (en adelante «Actas y Documentos») repr. 1978, esp. p. 161, 295-296 y 440-441). La actitud general y la tendencia ampliamente

mayoritaria de la Conferencia fueron recogidas en la siguiente declaración presentada ante la Sesión Plenaria de Clausura por catorce de las diecinueve delegaciones participantes (Costa Rica, Uruguay, Colombia, Ecuador, El Salvador, Panamá, Honduras, República Dominicana, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua, Argentina y Paraguay):

Las Delegaciones abajo firmantes, participantes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, recogiendo el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la prohibición de la pena de muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos, declaramos solemnemente nuestra firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte y nuestro indeclinable propósito de realizar todos los esfuerzos posibles para que, a corto plazo, pueda suscribirse un Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José, Costa Rica— que consagre la definitiva abolición de la pena de muerte y coloque una vez más a América en la vanguardia de la defensa de los derechos fundamentales del hombre (Actas y Documentos, *supra*, p. 467).

Esta tendencia hacia la abolición de la pena de muerte, aunque no su eliminación, se encuentra plasmada en el numeral 2 del artículo 4 de la Convención, que dispone: «En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves...». De modo que la norma expresa, como un objetivo deseable, que los países hayan abolido la pena de muerte, limitando su aplicación, en los países donde aún subsista, a los delitos más graves. Similar orientación se aprecia y reafirma en el numeral 3 del mismo precepto, que señala: «No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido». Con ello la Convención cierra toda posibilidad de reinstaurar la pena de muerte una vez que se haya dispuesto su abolición en algún Estado Parte.

## **2. La prohibición de ampliar o extender la aplicación de la pena de muerte a nuevos delitos**

Pero así como la Convención se inscribe en una tendencia hacia la abolición de la pena de muerte, también establece que queda prohibido ampliar o extender su aplicación a delitos distintos a los que ya se viene aplicando. Así lo reafirma la parte final del artículo 4.2 cuando dispone: «Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente». De este modo la pena de muerte, aún vigente en determinados Estados Parte de la Convención, queda

limitada y restringida en su aplicación solo a los delitos a los que actualmente cabe imponerse, sin posibilidad de extenderse a otros nuevos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de analizar e interpretar los alcances e implicancias jurídicas de esta proscripción a la extensión de la aplicación de la pena de muerte, con motivo de la Opinión Consultiva OC-14-94, del 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la aprobación del artículo 140 de la Constitución Peruana de 1993. Dicha norma contempla la aplicación de la pena de muerte a los delitos de traición a la patria en caso de guerra, y de terrorismo, lo que suponía ampliar lo establecido en el artículo 235° de la Constitución precedente de 1979, que permitía imponer la pena de muerte exclusivamente por el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior.

Si bien la Corte evitó pronunciarse específicamente sobre el contenido e implicancias de la norma de la nueva Constitución peruana, señalando que en una opinión consultiva solo correspondía realizar una interpretación abstracta de las normas de la Convención, sin entrar a analizar un caso concreto por no tratarse de un proceso contencioso, procedió a absolver las preguntas generales que formulaba la Comisión. Estas consultaban sobre los efectos jurídicos para un Estado Parte de la Convención de la aprobación de una ley que viole manifiestamente las obligaciones asumidas por este al ratificar la Convención; asimismo, sobre las obligaciones y responsabilidades de los agentes y funcionarios de un Estado Parte derivadas del cumplimiento de una ley manifiestamente violatoria de la Convención. En tal sentido, en esta Opinión Consultiva la Corte concluye señalando:

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de esta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

De modo que aunque la Corte no se pronunció sobre el caso concreto de la norma de la Constitución Peruana, sí ratificó la prohibición impuesta por la Convención de extender la aplicación de la pena de muerte a nuevos delitos, dejando claro que si un Estado Parte aprobara una ley que viole esta proscripción, se configurará una

violación de sus obligaciones internacionales y que si el cumplimiento de dicha ley producía violación de derechos fundamentales, tanto el Estado como los funcionarios y agentes públicos que la apliquen incurrirán en responsabilidad internacional.

## **II. LA PENA DE MUERTE EN LAS ANTERIORES CONSTITUCIONES PERUANAS**

Al iniciarse el régimen republicano en el Perú, tras la proclamación de la independencia nacional, ni el documento de Bases de la Constitución (1822), ni las primeras constituciones de 1823 y 1826 hicieron referencia alguna, dentro de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, al derecho a la vida; tampoco se ocuparon de la pena de muerte. Fue la Constitución de 1828 la primera en hacer mención a la pena de muerte, aunque sin imponerle regulación alguna, pues remitía su normación al Código Penal. Así, cuando en el artículo 129 se establecen las penas y sanciones judiciales que quedan abolidas, en el inciso 5° se señala: «La pena capital se limitará al Código Penal (que forme el Congreso) a los casos que exclusivamente lo merezcan».

Las constituciones de 1834 y 1839 volvieron a omitir toda referencia al tema de la pena de muerte. La Constitución liberal de 1856 se ocupa, por primera vez, del derecho a la vida y también de la pena de muerte, la que queda proscrita. Así, el artículo 16 disponía: «La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte». La Constitución de 1860, la de mayor duración en la historia republicana del Perú, contiene en su artículo 16 una referencia expresa a la pena de muerte, permitiendo su imposición únicamente por el delito de homicidio calificado. Esta norma dispone: «La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado».

La efímera Constitución de 1867, que rápidamente fue dejada sin efecto para reinstaurar la Carta de 1860, disponía en su artículo 15 la proscripción de la pena de muerte, señalando: «La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte». Ya en el siglo XX, la Constitución de 1920, en el Título referido a las Garantías Nacionales, se ocupa en el artículo 21 de la pena de muerte, disponiendo: «La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión, y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la patria, en los casos que determine la ley». Como se puede apreciar, la aplicación de la pena de muerte retoma su procedencia por el delito de homicidio calificado, pero agrega el de traición a la patria.

La Constitución de 1933 es la que establece la fórmula más abierta respecto a la pena de muerte y su posibilidad de aplicación, al disponer en su artículo 54: «La pena de muerte se impondrá por delito de traición a la patria y homicidio

calificado, y por todos aquellos que señale la ley». Como se puede apreciar, si bien la norma constitucional contempla expresamente la imposición de la pena de muerte por los delitos de homicidio calificado y de traición a la patria, deja a la decisión del legislador, mediante la aprobación de una simple ley ordinaria, la extensión de la pena de muerte a cualquier otro delito. Fue así que se dictaron leyes, tanto en gobiernos democráticamente electos como durante regímenes de facto, que dispusieron la aplicación de la pena de muerte para diversos delitos comunes y también para delitos políticos o conexos con estos, así como para delitos contemplados en el Código de Justicia Militar, que incluso podían extenderse a civiles, sometidos al juzgamiento de tribunales militares. Al analizar y comentar esta situación, Marcial Rubio y Enrique Bernales señalaban:

Por otro lado, resulta interesante ver la evolución de la aplicación de la pena de muerte en el Perú, y sobre todo, los delitos a los cuales se ha venido aplicando.

En la jurisdicción penal común, en diversos momentos tuvieron pena de muerte los delitos de parricidio (artículo 151 del Código Penal), de homicidio calificado (artículo 152), de violación de menor de 7 años (artículo 199), de sometimiento de la república a la dominación extranjera o de secesión (artículo 289), y de tomar armas contra la República, alistarse en un ejército enemigo o socorrer o ayudar al enemigo en tiempo de guerra (artículo 290). También en el decreto ley N° 19910, del 20-1-73, para casos de robo agravado con muerte de la víctima, y para casos de ataque a miembros de las fuerzas armadas o fuerzas policiales en servicio, si de ellos resultara muerte. Esto último se juzgaba en tribunales militares.

Paralelamente, el Código de Justicia Militar, aprobado por Decreto Ley N° 14613 del 25 de julio de 1963, consideraba diversos delitos con pena de muerte, entre ellos los de traición a la patria (artículos 78 y 79) y de espionaje (artículos 81 y 86) que son especialmente aplicables a civiles. En adición, el Congreso de la República votó y aprobó en 1965 la Ley 15590, que sancionaba con pena de muerte a los participantes en el movimiento guerrillero de aquel año y a cualquier otra persona que colaborara con él.<sup>2</sup>

En consecuencia, nuestras diversas constituciones fueron evolucionando desde la ausencia de referencia al derecho a la vida y el tratamiento de la pena de muerte, cuya regulación quedaba librada al Código Penal, a su mención expresa sea para proscribirla o para aplicarla exclusivamente al homicidio calificado y, luego, también a la traición a la patria. Sin embargo, la Constitución de 1933 le brindó un tratamiento mucho más amplio, dejando su imposición a la decisión discrecional del Congreso que, mediante una ley ordinaria, podía extenderla e imponerla, como en efecto sucedió, a diversos delitos comunes, de orden político

---

2 RUBIO/BERNALES, 1988: 38 y s.

o militar, en función de las circunstancias de la realidad y conflictos sociales o políticos.

### III. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA CARTA DE 1993

La tendencia adoptada por la Constitución de 1933, proclive a brindar un tratamiento abierto a la extensión de la pena de muerte a cualquier delito por decisión legislativa, fue radicalmente dejada de lado por la Constitución de 1979, cuyo artículo 235 disponía: «No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior». Dicha Constitución fue la primera de América Latina en consagrar expresamente, en su artículo 105, el *rango constitucional de las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú*.<sup>3</sup> A su vez, en la decimosexta de sus Disposiciones Generales y Transitorias se ratificó constitucionalmente diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos y el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>4</sup>

Es evidente que la experiencia vivida durante innumerables regímenes de facto, así como las violaciones a los derechos fundamentales producidas en el gobierno militar coexistente a la elaboración de la Constitución de 1979, influyeron en los constituyentes para dar a esta Carta un claro signo progresista en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos constitucionales. No en vano, el artículo 1 de la Constitución de 1979 disponía: «La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla». Por ello se estableció también un Tribunal de Garantías Constitucionales, se incorporaron nuevos procesos o garantías para la protección jurisdiccional de los derechos y se restringieron las competencias de la jurisdicción militar.

Sin embargo, desde 1980, coincidiendo con el retorno a un régimen democráticamente electo, se iniciaron y fueron incrementándose acciones armadas, de tipo subversivo y terrorista por parte del grupo denominado «Sendero Luminoso».

---

3 Constitución Política del Perú 1979; artículo 105°: «Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución».

4 Constitución Política del Perú 1979; Decimosexta Disposición General y Transitoria: «Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Se ratifica, igualmente, la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

La expansión progresiva del accionar subversivo a distintas localidades del país, así como de la magnitud de la violencia armada, determinaron que el gobierno del Presidente Belaunde encomendara a las Fuerzas Armadas el control del orden público interno y la conducción de la represión antisubversiva. Con la intervención de los militares, la represión adquirió una distinta dimensión en las zonas declaradas en emergencia y sometidas a su control, particularmente en la sierra central del país. Es así que desde 1983, las organizaciones defensoras de los derechos humanos, diversos medios de comunicación social y representantes parlamentarios, empezaron a denunciar graves violaciones de los derechos de la población campesina por parte de personal militar, tales como matanzas de población civil, ejecuciones sumarias extrajudiciales y desaparición de personas, torturas, violencia sexual, etc. Y a pesar de que la pena de muerte seguía restringida en la Constitución al supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior, en aquellos años miles de personas, fundamentalmente provenientes de los sectores más pobres de la población rural, fueron asesinados por la represión militar, la mayoría de las veces con impunidad por la complicidad e inacción del sistema judicial y los gobiernos de turno.

La agudización de la intensidad del conflicto armado y su expansión territorial, abarcando incluso Lima, la capital del Estado, sirvieron de sustento para que las autoridades gubernamentales y militares justificaran un accionar represivo que no se limitara por las normas internacionales y constitucionales referidas al respeto de los derechos humanos. La estrategia represiva, muchas veces, emuló el accionar criminal subversivo y terrorista, que recurría también al asesinato de autoridades públicas, militares y policías, y de pobladores, así como a la realización de atentados terroristas que acababan con vidas inocentes. No faltaron propuestas de reforma constitucional para establecer la pena de muerte por actos de terrorismo, o de «interpretar» que esta conducta podía equipararse al supuesto constitucional de traición a la patria, con el fin de imponer a sus autores la pena de muerte. Pero no prosperaron formalmente, al tomarse conciencia de que la Convención Americana de Derechos Humanos impedía extender la aplicación de la pena de muerte a nuevos delitos.

Tras el autogolpe de estado promovido por el presidente Fujimori, el 5 de abril de 1992, se instauró un régimen de facto civil-militar, caracterizado por su opción autoritaria y por impulsar una estrategia antisubversiva claramente opuesta al respeto a los derechos humanos y a los compromisos asumidos por el Estado en los tratados internacionales de la materia. Fue así que se aprobaron numerosas leyes antiterroristas contrarias a la Constitución y a los pactos de derechos humanos, criterio que quedó plasmado en la Constitución de 1993. En ella, se amplió la pena de muerte respecto a lo dispuesto en la Carta de 1979, pues el artículo 140

dispone: «La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y los tratados de los que el Perú es parte obligada».

Como se puede apreciar, aunque la Carta Política de 1993 reitera la procedencia de la pena de muerte para el supuesto de traición a la patria, previsto en la Carta de 1979, se extendía su aplicación al caso genérico de «guerra», eliminando la restricción anterior que aludía únicamente a la circunstancia de guerra exterior. También se le extendía a los casos de terrorismo. Adicionalmente, el Artículo 173 de la nueva constitución ampliaba la competencia del Código y de la jurisdicción militar a los civiles, en caso de delitos de traición a la patria y de terrorismo, cuyas sentencias no podrían ser susceptibles de revisión ante el Poder Judicial, salvo en caso de imponerse la pena de muerte. Dicha constitución eliminó la norma de la Carta de 1979 que confería rango constitucional a los tratados de derechos humanos, a pesar de lo cual, en la cuarta de sus disposiciones finales y transitorias se establece que: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

#### **IV. LOS RECIENTES INTENTOS DE AMPLIAR LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE**

Las modificaciones introducidas en el artículo 140 de la Constitución de 1993, evidenciaban la clara intención del régimen de Fujimori de extender la aplicación de la pena de muerte, fundamentalmente para imponerla a los líderes de las organizaciones subversivas y a los autores de actos terroristas, mediante sentencias de la jurisdicción militar. Ante esta situación, personas y organizaciones ligadas a la defensa de los derechos humanos y a la actividad académica, cuestionaron la propuesta gubernamental, señalando su carácter violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello sirvió de sustento para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogiera estas preocupaciones y solicitara una opinión consultiva a la Corte Interamericana, a propósito de la ampliación a la pena de muerte introducida en la nueva Constitución peruana, dando lugar a la OC-14-94.

Como ya señalamos, la referida opinión consultiva de la Corte Interamericana no abordó el caso concreto de la norma constitucional peruana, pero si reafirmó la incompatibilidad con la Convención de cualquier extensión de la pena de muerte a nuevos delitos, recalcando que esta violación del Pacto generaría responsabilidad internacional para el Estado y los funcionarios públicos, de aprobarse y

aplicar una norma con tal contenido. La Corte también dejó en claro que podría pronunciarse de manera concreta sobre un caso, de producirse una demanda contenciosa ante el intento de aplicar la pena de muerte a una persona, extendiendo sus alcances a otros delitos. Siendo evidente que el artículo 140 de la Constitución de 1993 extendía la aplicación de la pena de muerte a otros supuestos y delitos, su carácter violatorio de la Convención era manifiesto. Por ello, el régimen fujimorista desistió de sus intenciones reformistas, argumentando también que la norma constitucional no violaba el Pacto, pues el precepto indicaba que su ejecución se haría de conformidad con los tratados de los que el Perú es parte, lo que impedía aplicarla por el momento.

El asunto parecía cerrado desde entonces, hasta que el recién instalado gobierno del presidente Alan García, entre fines del 2006 y principios del 2007, volvió a poner el tema de la aplicación de la pena de muerte en la agenda del debate público. En efecto, ante la información de los medios de comunicación sobre diversos casos de violación y asesinato de niños, lo que generó la justificada indignación de la población, el Presidente de la República propuso aplicar la pena de muerte a los autores de tales crímenes, medida que, al parecer, gozaba de importante respaldo popular. Como era previsible, rápidamente se generó un encendido debate entre quienes respaldaban la iniciativa presidencial y quienes, desde la comunidad académica y organizaciones de la sociedad civil, cuestionábamos la falta de fundamento de la propuesta gubernamental, a la par de su carácter violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como la implementación de esta propuesta requería previamente aprobar una reforma de la Constitución, pues esta no contempla la aplicación de la pena de muerte a los violadores y asesinos de menores, el asunto fue llevado al Congreso. Al difundirse opiniones jurídicas que resaltaban la incompatibilidad de la medida propuesta respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, no faltaron declaraciones de voceros gubernamentales y de sus parlamentarios, similares a las producidas anteriormente durante el fujimorismo, en el sentido de que si la Convención y la Corte Interamericana eran un obstáculo, el Perú debía retirarse de su competencia y del propio Pacto.

Fue cuando el tema esperaba ser discutido en el Congreso, que se produjo un atentado terrorista, en una zona del país dedicada a la producción ilegal de coca y con presencia del narcotráfico, consistente en una emboscada en la que asesinaron a todos los integrantes de una patrulla policial. El gobierno señaló que este hecho podía marcar el rebrote del terrorismo, demandando al Congreso la aprobación de una ley que incorpore la pena de muerte para los terroristas en el Código Penal, dando cumplimiento a lo previsto en el Artículo 140 de la Constitución. Y es que mientras la extensión de la pena de muerte para violadores y asesinos de

menores requeriría una reforma constitucional, el caso de terrorismo, como ya se señaló, sí estaba expresamente previsto en la Carta Política, no habiendo sido desarrollado legislativamente, por que ello supondría violar la Convención Americana de Derechos Humanos.

Antes de debatirse estas propuestas gubernamentales en el pleno del Congreso, la comisión parlamentaria de Justicia y Derechos Humanos solicitó opinión a diversos juristas, todos los cuales coincidimos en que tales iniciativas no solo eran cuestionables por violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino por su falta de sustento en los planos del vigente derecho penal y de la política criminal. Por ello la Comisión se pronunció en contra de la propuesta gubernamental. Similar criterio se produjo en el pleno del Congreso, donde el voto de la mayoría de parlamentarios rechazó la propuesta de extender la pena de muerte, sea para los casos de violación y asesinato de menores como de terrorismo. Este nuevo intento de ampliar la pena de muerte y de aplicarla a supuestos distintos de la traición a la patria en caso de guerra exterior, fue así nuevamente derrotado.

## **V. REFLEXIONES FINALES**

A pesar de que la pena de muerte se encuentra actualmente en extinción o en franca restricción en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países, esta medida goza aún de simpatía y respaldo en amplios sectores de la población. Y cada vez que se producen graves crímenes y sucesos delictivos que conmueven a la opinión pública, resurgen las voces que reclaman como solución imponer la pena de muerte para sus autores. No es extraño que, haciéndose eco de tales demandas y alegando el apoyo popular, muchas autoridades y líderes políticos propugnen la adopción de la medida mediante propuestas populistas que buscan capitalizar en su favor este respaldo social.

Por ello, a pesar de que no cabe duda de que cualquier extensión de la pena de muerte a nuevos delitos, e incluso la pretensión de aplicarla a terroristas, resultarían incompatibles y violatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la par de contrarias a los derechos a la vida y dignidad de la persona que debe impulsar y proteger el Derecho, no puede descartarse que ante la ocurrencia de determinados acontecimientos delictivos de especial gravedad e impacto en la sensibilidad social, reaparecerán las mismas propuestas políticas que propugnarán la aplicación de la pena de muerte, así como la realización de las reformas constitucionales o legislativas que sean necesarias para ello. En el Perú, y en muchos países de Latinoamérica, por tanto, el tema no puede considerarse por ahora definitivamente cerrado ni resuelto.

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PROPUESTAS DE IMPLEMENTACIÓN  
DE LA PENA DE MUERTE EN EL SISTEMA PENAL PERUANO**

**PERCY GARCÍA CAVERO**

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** El argumento de la permanencia histórica de la pena de muerte. **III.** La pena de muerte como retribución justa del delito. **IV.** El argumento del estado de necesidad. **1.** El argumento. **2.** La posición de la Iglesia Católica. **3.** El test de proporcionalidad. **V.** El aumento de la eficacia preventiva de la pena de muerte. **VI.** La satisfacción de las víctimas. **VII.** La responsabilidad internacional del Estado peruano. **VIII.** Conclusión.

**I. INTRODUCCIÓN**

La pena de muerte es uno de esos temas que cada cierto tiempo se pone sobre el tapete de la discusión pública y que muchas veces, pasada la euforia del momento, se enfrían hasta que algún hecho noticioso o declaración de intención política los vuelve a reanimar. En mi experiencia personal recuerdo diversos momentos en los que se ha discutido públicamente la posibilidad de implantar esta pena para ciertos delitos graves. Por ejemplo, cuando se capturó a Abimael Guzmán se debatió seriamente sobre si debía contemplarse la pena de muerte para los terroristas, abriendo la Constitución de 1993 esta posibilidad al menos formalmente, pues la legislación antiterrorista no ha establecido dicha pena capital para forma alguna de terrorismo.

Las promesas electorales del actual Presidente del Perú, así como su afán por demostrar su intención de cumplirlas, han reactivado la discusión sobre la pena de muerte en relación con una forma de criminalidad violenta especialmente reprochable: la violación de menores de edad y posterior muerte de la víctima. Hemos visto a políticos, juristas, periodistas, sociólogos, miembros de la iglesia y ciudadanos de a pie expresar su opinión sobre el tema, mezclando argumentos emotivos, efectistas, jurídicos, morales y sobrenaturales, de forma tal que parece que esta discusión no podrá resolverse por la vía del consenso.

Ante estas circunstancias, todo depende de la voluntad de los legisladores de iniciar los pasos necesarios para implantar la pena capital en el supuesto antes mencionado. Y efectivamente estos pasos se han venido dando con diversas propuestas de reforma constitucional y legal, respaldadas por exposiciones de motivos en los que se hacen diversas argumentaciones para justificar la inclusión de la pena de muerte en el sistema penal peruano. En esta oportunidad quisiera limitar mi análisis sobre la pena de muerte a los argumentos desarrollados por la propuesta de reforma del Partido Aprista (coincidente con la propuesta del Ejecutivo, por razones evidentes) y por la propuesta del grupo parlamentario de Unidad Nacional. La primera propone la introducción de la pena de muerte para los casos de violación de menores de siete años de edad seguida de muerte. La segunda es mucho más extensiva, pues propone aplicar la pena de muerte para violación de menores de nueve años y de discapacitados físicos o mentales, así como de mayores de nueve años y menores de dieciocho años siempre que se cause la muerte de la víctima. En lo que sigue me ocuparé de someter a un análisis crítico los diversos argumentos expuestos en ambas propuestas de reforma, tratando de sistematizarlos en función de sus ideas centrales.

## **II. EL ARGUMENTO DE LA PERMANENCIA HISTÓRICA DE LA PENA DE MUERTE**

El proyecto del grupo parlamentario de Unidad Nacional recurre primeramente a una perspectiva histórica para legitimar la pena de muerte. En este proyecto se indica que la pena capital constituye la sanción más antigua y que ha sido conocida por todas las culturas. Con ello se quiere resaltar que, pese a la fuerte corriente abolicionista impulsada sobre todo a partir de la ilustración, la pena de muerte sigue siendo admitida en la actualidad por varios países, lo que de alguna forma hablaría a favor de su legitimidad. Se señala incluso que en la actualidad existe una corriente favorable a su aplicación ante la alarmante proliferación de violaciones de niños (la propuesta de Unidad Nacional cita países como Argentina, México, Guatemala, España, Escocia).

Al argumento a favor de la pena de muerte que se ha esbozado se le conoce como el argumento de la permanencia histórica o tradicional de la pena de muerte.<sup>1</sup> Este argumento consiste en afirmar que la permanencia de la pena capital en la historia pone de manifiesto su carácter indiscutible. Si ha podido perdurar durante tanto tiempo se debe a que no se ha podido cuestionar su legitimidad y a que existe suficiente prueba de su utilidad. Sin embargo, este argumento solo podría ser válido si se diesen dos condiciones: en primer lugar, habría que suponer que las leyes penales que han implantado la pena de muerte han gozado siempre de legitimidad y se han sustentado en la utilidad de dicha pena; como segunda condición para validar el argumento de la permanencia histórica, y suponiendo la legitimidad de la pena de muerte en los momentos en los que se implantó, sería necesario afirmar que las circunstancias sociales actuales son esencialmente iguales a las de la antigüedad, de manera tal que el contexto social no altere las condiciones de legitimidad de la pena capital.

En cuanto a la primera condición, hay que indicar que la historia muestra innumerables ejemplos de expedición de leyes penales autoritarias que se imponen sin un consenso previo. Por ello, no debe sorprender que las leyes penales que en la época republicana implantaron en nuestro país la pena de muerte para los civiles fueron siempre decretos leyes, es decir, leyes expedidas por gobiernos de facto.<sup>2</sup> En este sentido, la permanencia de la pena de muerte en la historia solamente demuestra que dicha pena ha sido un mecanismo usado por los gobernantes de turno, pero no constituye un argumento concluyente para afirmar su legitimidad y mucho menos su utilidad.

En cuanto a la segunda condición para validar el argumento de la permanencia histórica de la pena de muerte, hay que manifestar que puede perfectamente suceder que en la actualidad no se den las condiciones para legitimar la pena de muerte que en su momento sustentaron la implementación de la pena capital. Las circunstancias históricas pueden haber variado y afectar de alguna forma las condiciones de legitimidad de la pena de muerte. Por poner un ejemplo ajeno a la pena de muerte: si bien pudo considerarse legítimo en su momento la atribución *iure et de iure* de la paternidad a los hijos nacidos dentro del matrimonio, en la actualidad esta imputación no puede mantenerse de manera absoluta, en la medida que hoy por hoy se cuenta con mecanismos certeros para determinar la paternidad. Cada momento histórico requiere un análisis de legitimidad de la pena de muerte, de manera tal que no se puede apelar simplemente a su vigencia pasada para justificarla en la actualidad.

---

1 Así, NEUMANN 2004: 60.

2 Cf., al respecto, HURTADO POZO, [WWW.UNIFR.CH/DERECHOPENAL](http://WWW.UNIFR.CH/DERECHOPENAL): 1 ss.

### III. LA PENA DE MUERTE COMO RETRIBUCIÓN JUSTA DEL DELITO

El Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo acude, por otra parte, a las ideas de los representantes de la Escuela Racionalista del Derecho natural como Grocio o Puffendorf, conforme a las cuales la pena de muerte constituiría un castigo justo por el mal que se ha causado, siendo, por tanto, proporcional al delito.<sup>3</sup> Como puede verse, esta justificación de la pena de muerte no tiene en consideración el efecto preventivo general de la pena, sino que la pena se convierte en un fin en sí misma por razones de Justicia. Siguiendo esta perspectiva, el proyecto del grupo parlamentario de Unidad Nacional señala expresamente lo siguiente: «El tema no es si la pena capital es disuasiva o no. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores. Si más adelante es disuasiva, en buena hora». Y más adelante reitera sobre la pena de muerte que: «Es el justo castigo que la sociedad impone a monstruos depravados que actúan con alevosía y premeditación abusando de seres inocentes e indefensos».

Si bien se puede apreciar en la actual discusión doctrinal un cierto resurgimiento de posturas retribucionistas de la pena, como lo muestran los planteamientos de Michael Köhler y de Michael Pawlik en la discusión alemana, esta situación no permite aun así afirmar la legitimidad de la pena de muerte desde perspectivas retribucionistas. La posibilidad de justificar la pena de muerte desde esta perspectiva para los violadores de niños supondría, en mi opinión, partir primeramente de una premisa y, en segundo lugar, asumir una consecuencia. En cuanto a lo primero, habría que aceptar que la pena de muerte constituye una posibilidad de reacción punitiva en un Estado democrático de Derecho. En cuanto a lo segundo, habría que reconocer que la violación de niños no constituye el único delito grave como para merecer la pena de muerte.

Parece discutible que en un Estado de Derecho que reconoce en su artículo primero la protección de la persona y su dignidad humana como el fin supremo del Estado pueda aceptarse la pena de muerte como un medio de reacción legítimo para castigar los delitos más graves. En mi opinión, la institución de la dignidad de la persona como fin supremo del Estado y la sociedad obliga al reconocimiento de una dignidad ontológica que en ningún caso puede ser suprimida. Se trata de un mínimo de dignidad por debajo del cual nadie puede caer,<sup>4</sup> ni siquiera un violador de niños. Por ello, no puede aceptarse desde el punto de vista constitucional la siguiente afirmación contenida en la propuesta del grupo de Unidad Nacional: «Ante estas monstruosas violaciones de pequeños indefensos nos preguntamos

3 Cf., la referencia a este argumento, NEUMANN, 2004: 54 s.

4 Cf., SPAEMANN 1989: p. 106.

¿Cómo podemos calificar de «ser humano» a los violadores de niños y adolescentes, seres degradados y pervertidos que abusan de menores para satisfacer sus bajos instintos? ¿Podemos reconocerles derechos humanos a los violadores que por su pervertido, cruel y depravado accionar pierden toda dignidad y actúan como animales salvajes?». Y en ese mismo Proyecto se indica luego lo siguiente: «Quienes atacan a niños despojándolos de su inocencia y del derecho de vivir su infancia con felicidad y tranquilidad, no pueden ser llamados seres humanos. Se convierten en monstruos, en animales predadores tras su presa [...]».

Las afirmaciones reproducidas no resultan conciliables con un Estado de Derecho que construye el orden constitucional a partir del reconocimiento de la dignidad humana. A ningún ser humano se le puede privar del estatus de persona, aun cuando se trate del peor de los criminales. La dignidad humana tiene un mínimo irrenunciable que no puede ser suprimida ni siquiera por la propia persona mediante una actuación voluntaria. El violador sigue siendo una persona y, por lo tanto, portador de una dignidad humana que no puede desconocerse. En cualquier caso, habría también que caracterizar a estos sujetos de la misma forma que se hace con los niños víctimas de las violaciones. Y seguramente nos encontraremos en más de una ocasión con personas que de niños han padecido una idéntica agresión y que solamente han reproducido modelos de comportamiento aprendidos.

Como respuesta al argumento del carácter irrenunciable de la dignidad humana se ha alegado que también los niños menores de edad que han sido violados tienen dignidad humana y que, por lo tanto, requieren de una protección que se la suministraría la pena de muerte. Así, el proyecto de Unidad Nacional señala: «Es inconcebible que solo reconozcan y se preocupen por los «supuestos derechos humanos» de los violadores, seres abominables, execrables y monstruosos que no merecen vivir. ¿Por qué no se preocupan y defienden los derechos humanos de los niños y adolescentes violados? ¿En qué sociedad vivimos?». Más adelante se reitera: «Resulta paradójico que los juristas y defensores de los derechos humanos defiendan a los violadores de niños y adolescentes so pretexto de la existencia de tratados internacionales sobre derechos humanos, pero ¿quién defiende los derechos humanos de los niños y adolescentes violados? ¿No es una de las principales responsabilidades de la sociedad y del Estado?».

La argumentación del proyecto de Unidad Nacional parece concluir que la única forma de preservar los derechos de los niños es matando a los violadores. No obstante, considero sumamente objetable dicha afirmación. Si esa preservación se refiere al niño violado, dudo mucho que se pueda decir que la pena de muerte va a restituir la indemnidad sexual ya lesionada. Por el contrario, si la defensa de los niños se entiende en relación con los potenciales violadores, entonces se estará

asumiendo una postura preventiva de la pena de muerte, lo cual no resulta de importancia para una justificación retributiva de la pena de muerte y que, en todo caso, tendría que ser objeto de demostración. En consecuencia, el deber estatal de proteger los derechos fundamentales del niño no tiene que llevar forzosamente a la implementación de la pena de muerte.

Pero aun suponiendo que el Estado de Derecho está autorizado a recurrir a la pena capital en el caso de delitos graves, es necesario justificar que la violación de menores es el delito más grave posible. Precisamente en esta última línea el proyecto del grupo parlamentario Unidad Nacional se pregunta: «¿Qué delito puede ser más grave que la violación de un niño o un adolescente indefenso?». No pongo en duda la suma gravedad de la violación absolutamente deplorable de niños, pero, fuera de la repulsa natural que produce este delito, hay otros delitos que tienen cuando menos el mismo nivel de gravedad. Así, por ejemplo, me parece sumamente deplorable el terrorismo asesino, el genocidio, la muerte de niños para traficar con sus órganos o para llevar droga oculta en su cuerpo, el sometimiento a la esclavitud de campesinos y nativos en determinadas zonas de nuestro país, etcétera. Si admitimos la posibilidad de que el Estado reaccione con la muerte del autor ante una infracción grave, no habrá ningún argumento para negar que esta misma pena se pueda aplicar a otros delitos considerados igualmente graves. La consecuencia que habría que asumir con la implementación de la pena de muerte sería un efecto multiplicador de los casos de aplicación.

#### **IV. EL ARGUMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD**

##### **1. El argumento**

Un argumento tradicional para justificar la pena de muerte es la situación de necesidad de la sociedad frente al criminal pervertido. Tanto el proyecto del Ejecutivo como del grupo parlamentario de Unidad Nacional recurren, en este sentido, a las ideas de Santo Tomás de Aquino, quien consideró lícito eliminar al criminal pervertido mediante la imposición de la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad. Conforme al planteamiento del Aquinate, el bien común es mejor que el bien particular, el cual solo ha de sacrificarse para conservar el bien común. Con el ejemplo de la gangrena, Santo Tomás justifica la amputación del miembro putrefacto (el criminal pervertido) para salvar el resto del cuerpo (el resto de la sociedad).

A la línea de pensamiento tomista se le caracteriza unas veces como un argumento de legítima defensa y otras veces como de estado de necesidad. En el fondo, considero que el planteamiento de Santo Tomás mezcla elementos de ambas formas de justificación. De la legítima defensa se toma la agresión ilegítima del

delincuente perverso, pues si se renuncia a este elemento propio de la normatividad pura<sup>5</sup> se podría caer en un completo utilitarismo, pudiendo llegar a justificarse el sacrificio de un inocente (bien particular) si con ello se consigue la felicidad de la mayoría (bien común). Desde una lógica limitada únicamente a la preponderancia del bien común sobre el bien particular, podría ejecutarse al ciudadano negro inocente de la muerte de un blanco, siguiendo el ejemplo de McCloskey,<sup>6</sup> pues con ello se consigue preservar al resto de ciudadanos negros de una masacre de los blancos.

No obstante, está claro que la pena de muerte no se puede asimilar a la legítima defensa, pues, por un lado, no es tan sencillo aplicar este instituto para la defensa de intereses colectivos y, por el otro, no se da el requisito de inminencia de la agresión que resulta esencial para justificar la defensa del agredido. Por esta razón, resulta comprensible que se acuda a la lógica del peligro actual del estado de necesidad, de manera tal que con la simple perversión del criminal se pueda sustentar una situación de peligro del resto de la sociedad que autorice una reacción de defensa.

Si bien podría cuestionarse ya en el plano conceptual la fusión de los elementos constitutivos de la legítima defensa y el estado de necesidad, considero de mayor relevancia analizar un elemento común de ambas formas de justificación; me refiero concretamente a la necesidad racional de la defensa. En efecto, la defensa que se ejerce ante una agresión o una situación de peligro no puede ser de cualquier tipo, sino que debe ajustarse a aquello que resulta racionalmente necesario para evitar la materialización de la agresión. En este sentido, siempre debe buscarse la reacción que resulte menos lesiva para el agresor. En este orden de ideas, la pregunta que habría que hacerse es si la pena de muerte resulta una defensa necesaria ante el peligro que manifiesta el delincuente perverso.

La respuesta a la cuestión de la necesidad de la pena de muerte para defender la sociedad debe hacerse en atención de las condiciones sociales. Puede que la pena de muerte sea necesaria en una sociedad que no cuenta con recursos mínimos para hacer viables otros mecanismos de defensa. No obstante, en la actualidad resulta

---

5 Cf., sobre este elemento de la normatividad pura, JAKOBS 2003: 197 s.; PAWLIK 2002: 86.

6 H.J. McCLOSKEY 1972: 119 ss., en particular 127: «Suppose a utilitarian were visiting an area in which there was racial strife, and that, during his visit, a Negro rapes a white woman, and that race riots occur as a result of the crime, white mobs, with the connivance of the police, bashing and killing Negroes, etc. Suppose too that our utilitarian is in the area of the crime when it is committed such that his testimony would bring about the conviction of a particular Negro. If he knows that a quick arrest will stop the riots and lynchings, surely, as a utilitarian, he must conclude that he has a duty to bear false witness in order to bring about the punishment of an innocent person».

difícil que el Estado no pueda dedicar una parte de su presupuesto a financiar mecanismos alternativos a la pena de muerte, como la cadena perpetua o la castración química. Si el Estado puede gastar tanto dinero en asesores de los congresistas o en publicidad para sus obras, por qué no gastar en mantener medidas que permitan a otras personas seguir viviendo.

## **2. La posición de la Iglesia Católica**

Muy en sintonía con el argumento de la defensa necesaria de la sociedad está la doctrina católica de la pena de muerte. En el catecismo se señala textualmente lo siguiente: «La enseñanza tradicional no excluye, supuesta la plena comprobación de la identidad y de la responsabilidad del culpable, el recurso de la pena de muerte, si este fuere el único camino posible para defender las vidas humanas eficazmente del agresor injusto. Pero si los medios incruentos bastan para proteger y defender del agresor la seguridad de las personas, la autoridad se limitará a estos medios, porque ellos se corresponden mejor con las condiciones concretas del bien común». Como puede verse, la doctrina de la iglesia católica no autoriza un uso discrecional de la pena de muerte, sino que solamente de manera excepcional se puede acudir a la pena capital, siempre que sea el único camino para preservar el bien común. La duda que se me presenta es si en la actualidad la sociedad no cuenta con mecanismos alternativos de reacción frente a los delincuentes incorregibles como para entender que la pena de muerte es la única forma de protección de la sociedad.

## **3. El test de proporcionalidad**

Pero no hay que recurrir, en todo caso, a la doctrina social de la Iglesia para someter a un juicio de necesidad la imposición de la pena de muerte. En la actual doctrina constitucional ha adquirido gran importancia el llamado test de proporcionalidad al que debe someterse toda medida restrictiva de derechos fundamentales para afirmar su constitucionalidad.<sup>7</sup> En este sentido, la pena de muerte debe ser sometida a dicho test para poder considerarla proporcional. El proyecto de reforma de la célula aprista hace mención al principio de razonabilidad, pero la define de una forma excesivamente subjetivista, pues la hace depender de lo que la sociedad entiende como adecuado. En efecto, en dicho proyecto de reforma se dice: «[...] la razonabilidad exige que los actos deben cumplir el requisito de ser

---

<sup>7</sup> Sobre los criterios del Tribunal Constitucional en la aplicación del test proporcionalidad para las penas, cf. GARCÍA CAVERO 2005: 153 ss.

generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante».

El principio de proporcionalidad, tal cual como ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, implica la realización de tres juicios. En primer lugar, hay que hacer un juicio de idoneidad de la pena de muerte. Aquí habría que determinar previamente cuál es el fin por el que se implanta la pena de muerte para los violadores de niños. Si la finalidad es preventivo-general, habría que demostrar que la pena de muerte realmente tiene la capacidad de disuadir a los violadores de niños. Del argumento de la mayor fuerza disuasiva de la pena de muerte me ocuparé más adelante. En todo caso, lo que sí resulta indiscutible es que la pena de muerte evita que el violador de niños vuelva a cometer este delito, pues ya no tendrá una segunda oportunidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la pena no tiene solamente una finalidad preventiva, sino que otro fin del derecho penal es el mantenimiento de las garantías jurídico-penales, de manera tal que la pena no solamente debe ser idónea para prevenir futuros delitos, sino también para mantener la vigencia de determinados principios penales.<sup>8</sup> En este contexto, cobra importancia la finalidad resocializadora de la pena, reconocida constitucionalmente, la cual es una garantía a la que el derecho penal debe apuntar al igual que la prevención de delitos. En este orden de ideas, la pena debe no solo prevenir, sino también respetar las garantías jurídico-penales. Si bien la pena de muerte es idónea para prevenir, no lo es para resocializar.

Los proyectos de reforma han intentado pasar por encima de esta garantía limitadora del ejercicio del *ius puniendi* señalando que los violadores de niños son incorregibles. Así, el proyecto de Unidad Nacional señala lo siguiente: «Nos encontramos ante criminales incorregibles o irredimibles que delinquirán nuevamente a la primera oportunidad que se les presente y cualquiera de nuestros hijos o hijas podría ser su próxima víctima». Más adelante señala: «La pena de muerte se aplicará a estos mal nacidos violadores de menores, sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos que aún estando en prisión resulta en vano intentar corregir». Posteriormente se insiste de nuevo en esta idea en el mismo proyecto señalando: «Nos encontramos ante seres que son irrecuperables e irredimibles al estar desprovistos de todo sentido moral al demostrar su total menosprecio por la vida, por lo que resulta en vano cualquier tipo de rehabilitación».

Las alegaciones del proyecto de Unidad Nacional parten de una comprobación al menos no demostrada: «la irrecuperabilidad del violador sexual». Ya Platon<sup>9</sup> había sustentado la pena de muerte en la irrecuperabilidad del delincuente,

---

8 Sobre la función garantista del derecho penal, cf., SILVA SÁNCHEZ 1992: 241 ss.

9 *Las leyes*, III-XII.

siendo la muerte la única alternativa. Si aplicamos esta lógica a los delitos de violación sexual de menores, habría que demostrar, cuando menos, que una persona que comete este delito resulta irrecuperable, de manera tal que de todas maneras va a volver a cometer este delito a la primera oportunidad que se le presente. Al respecto, solamente quisiera señalar que la Asociación de Psiquiatras de los Estados Unidos afirmaba en 1982 que «el amplio conjunto de las investigaciones indica que, incluso en las mejores condiciones, las predicciones psiquiátricas sobre peligrosidad futura o a largo plazo están equivocadas en, por lo menos, dos de cada tres».<sup>10</sup> Ya simplemente con la existencia de un cierto grado de falibilidad de la predicción, parece suficiente para no admitir la posibilidad de aplicar la pena de muerte a quien ha violado un niño. Si bien podría recurrirse a la figura de reincidencia como prueba de la inclinación del violador a cometer nuevamente este tipo de delito, este requisito no se ha exigido en ninguno de los proyectos de reforma analizados.

Ahora bien, aun asumiendo que por la irrecuperabilidad del violador la pena de muerte resulta idónea para prevenir nuevas violaciones sexuales de niños, hay que hacer todavía un juicio de necesidad. Si la misma finalidad preventiva se puede alcanzar con otras medidas menos restrictivas o drásticas, entonces no podrá legitimarse la pena de muerte. En este sentido, adquieren relevancia la cadena perpetua e incluso la tan citada castración química. No obstante, se ha dicho que estas medidas demandarían mucho gasto para el Estado. Así, por ejemplo, el proyecto del Partido Aprista señala que: “[...] la sanción que se otorga a los autores de tan execrable delito finalmente los beneficia considerando que al condenarlos a cadena perpetua conforme a la Constitución y la legislación penal vigente, se establece que el Estado peruano a través de su sistema carcelario debe proveerle seguridad, alimentación, educación, vestido, recreación y esparcimiento por el resto de su vida». A su vez, el proyecto de Unidad Nacional señala que «En consecuencia, al ser imposible rehabilitar a los violadores, el mantenerlos de por vida en un establecimiento penitenciario, el darles tratamiento psiquiátrico y un trato humano y digno, es un mayor costo que beneficio para el Estado».

Ante las alegaciones de gasto para el Estado, solamente creo que hay que responder señalando que la sociedad debe asumir también los costos de su injusta estructuración y distribución de la riqueza. No pretendo caer en la ingenua afirmación de que la pobreza origina el delito, pues no podría explicar por qué hay tanto pobre honesto y tanto rico delincuente. Pero es un factor que incide en las posibilidades de que una persona opte libremente por un camino delincencial. Una persona que crece rodeado de criminalidad, de consumidores de drogas, de

---

10 Cf., la referencia en NEUMANN 2004: 59 s.

pandillas, de marginación social, tiene mayores «oportunidades» para optar por el delito. La sociedad debe tomar en cuenta esta situación y ponderarla para decidir cómo reaccionar frente a la delincuencia de estratos bajos. En el caso concretamente de los violadores, la sociedad debe reconocer que este tipo de delincuencia encuentra caldo de cultivo en una sociedad que favorece la perversión y el manejo publicitario de la sexualidad o que no elimina las condiciones de hacinamiento en las que viven las personas. Esta corresponsabilidad de la sociedad debe justificar el gasto económico que requiere la privación de la libertad o el tratamiento de las personas con tendencia pedófila y no desligarse simplemente del problema con la implantación de la pena de muerte.

Finalmente, la pena de muerte debe someterse a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que significa una relación de correspondencia valorativa entre el delito y la pena. No cabe duda de que la violación de niños con subsiguiente muerte es un hecho gravísimo que exige la imposición de la pena más grave. Sin embargo, es necesario determinar cuál es la pena más grave que se puede imponer en un Estado de Derecho. Solo siguiendo la lógica del talión, podría considerarse proporcional la pena de muerte frente a un delito que produce la muerte. Es evidente que significaría un retroceso en la evolución social volver a la lógica de la equivalencia de daño, pues el proceso de humanización del derecho penal ha llevado a excluir la pena de muerte y la tortura como formas de reacción penal, llegándose incluso a cuestionarse hoy la propia humanidad de la cadena perpetua.

## **V. EL AUMENTO DE LA EFICACIA PREVENTIVA DE LA PENA DE MUERTE**

El proyecto del Ejecutivo ha señalado que «como es de público conocimiento, los casos de violencia infantil, y especialmente los casos de violación seguida de muerte contra menores de edad vienen incrementándose aceleradamente en nuestra sociedad, causando una alarma generalizada en la población, lo cual exige del Estado y de las instituciones que lo representan la inmediata imposición de drásticas medidas que repriman este grave delito». Por su parte, el proyecto del Partido Aprista señala textualmente que «Es aberrante el incremento de casos de violación y muerte de menores de edad en nuestro país». Si se sigue esta lógica de las propuestas de reforma, la cadena perpetua resultaría ya insuficiente para revertir la tendencia creciente de la criminalidad sexual, por lo que habría que acudir a una pena más drástica como la pena de muerte.

Por mi parte, tomaría con ciertas reservas las afirmaciones reproducidas. Para determinar el aumento de la tasa de incidencia de un delito hay que tener en cuenta otros factores más que la simple comparación de cifras. En efecto, podría ser que el número de casos reales fuera el mismo y que hubieran aumentado

solamente el número de casos conocidos por la prensa o por lo órganos de persecución penal. La cifra oscura de criminalidad (es decir, el número de delitos cometidos sobre los que no se tiene conocimiento) puede efectivamente haber disminuido sin que ello implique un aumento de las tasas reales de criminalidad. Los criminólogos estudian adecuadamente estos factores de medición, de manera que sin un estudio científico que lo demuestre no puede llegarse a la conclusión, por una simple percepción intuitiva, de que la tasa de incidencia de un delito ha aumentado. Podría ser que los medios de comunicación están dando mayor cobertura a estos casos simplemente porque hay una especial sensibilidad con el tema.

Lo que no puede negarse es que existe una sensación social de ineficacia del sistema penal frente a la criminalidad violenta. Hay un serio déficit en la persecución y sanción de los delincuentes, y no solo de los violadores de niños. La ciudadanía toma conocimiento de los delitos cometidos por estos delincuentes y constata que la represión penal no se hace efectiva contra los mismos. A muchos de ellos no se les llega a condenar y, si se hace, las penas terminan siendo benignas o menores a las impuestas a causa de algún beneficio penal. No sorprende que ante esta situación la gente haga justicia por sus propias manos. Pero debe quedar claro que el problema no está en la severidad de las penas, sino en la certeza del castigo. Con aumentar la severidad de la pena no se genera un mayor efecto intimidatorio sobre los delincuentes si las probabilidades de ser descubierto y castigado severamente siguen siendo bajas. Por ejemplo: si tenemos un delito con una pena de diez años y una posibilidad de castigo efectivo de cero, la conjugación de ambos factores daría como resultado cero. Si yo aumento la pena a 30 años y la posibilidad de castigo sigue siendo cero, la conjugación de ambos factores sigue siendo cero. O sea: el incremento de penas no genera necesariamente una mayor intimidación del delincuente, por lo que habría que poner el énfasis en mejorar la persecución penal.

## **VI. LA SATISFACCIÓN DE LAS VÍCTIMAS**

Muy recurrente se ha hecho invocar el dolor de las madres o familiares de las víctimas para fundar la pena de muerte. La justicia de la pena de muerte se nutriría del clamor de los afectados por las violaciones sexuales. Así, en el proyecto del Partido Aprista se dice: «[...] no por un acto de economía, sino por un acto de justicia, así como recogiendo el clamor popular y el clamor silencioso de las víctimas menores de edad, incluso de niños y niñas inocentes de escasos dos años, es urgente que se restaure la pena de muerte para aquellos que violen sexualmente y le ocasionen la muerte a un menor de catorce años de edad». Por su parte, el proyecto de Unidad

Nacional concluye así: «Por ello, recogiendo el clamor social y su voz de protesta, resulta necesario reimplantar la pena capital como justo y legítimo castigo para los violadores de niños y adolescentes».

En mi opinión, sustentar la pena de muerte en el clamor o dolor de las víctimas sería, de alguna manera, devolver el conflicto penal a las manos de las víctimas, es decir, el resurgimiento de la venganza privada. Como se sabe, la razón de ser del origen del derecho penal fue precisamente evitar que la reacción por el delito estuviese guiada por el espíritu de venganza de los afectados. Si hay un Código Penal que tipifica previamente los delitos y establece las penas, así como un juez imparcial que aplica la ley sin tener en cuenta el irracionalismo al que puede llevar el ánimo de venganza del afectado, no se puede colocar como fundamento de la reacción penal el dolor de las víctimas. Si decidimos hacerlo, entonces habría que suprimir el Poder Judicial y otorgar el derecho a los afectados a reaccionar ante los autores del delito como más les satisfaga. Para canalizar la venganza no se necesitaría del Estado.

## **VII. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PERUANO**

Como última cuestión habría que mencionar que los proyectos de reforma restan importancia a la vulneración que produciría la implementación de la pena de muerte en relación con los tratados internacionales de Derechos Humanos. El proyecto del Ejecutivo llega a señalar que no es ni siquiera necesario denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, pues en julio de 1978, cuando se ratificó este tratado por el Perú, estaba todavía vigente el Decreto Ley N° 20583 promulgado en abril de 1974, el cual castigaba con pena de muerte la violación de menores de siete años. En este orden de ideas, la pena de muerte no se habría extendido a nuevos casos, sino que se mantendría en aquellos que estaban vigentes al momento de la ratificación del pacto.

El argumento esbozado podría constituir, aunque con serias dudas, una interpretación que se ajusta al tenor literal del punto 2 del artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, pero no cabe duda de que va contra el sentido de este dispositivo. En el ámbito internacional, se conoce a este principio como el principio de progresiva supresión de la pena de muerte, lo que significa que la pena de muerte debe ir progresivamente eliminándose. Así, se entiende incluso el propio artículo 4 si se lee con una visión de conjunto el punto 3, que establece que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. En este sentido, si la pena de muerte se eliminó para ciertos casos, como sucedió con la Constitución Política de 1979 respecto de la violación sexual de niños, no podrá volverse nuevamente a la pena de muerte para estos casos. La implementación de la pena

de muerte para los violadores de niños constituye un restablecimiento de dicha pena contrario al principio de progresiva supresión de la pena de muerte recogido en el Pacto Interamericano de Derechos Humanos.

El proyecto de Unidad Nacional es más radical en cuanto a las consecuencias internacionales de la reimplantación de la pena de muerte para violadores de niños, pues propone al Congreso de la República la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con esta decisión, el Perú saldría de la jurisdicción supranacional para la protección de los derechos humanos en todos los otros casos, lo cual tendría que ser sopesado también en el análisis prelegislativo. Creo que desde la lógica de la protección de los derechos humanos, habría que considerar seriamente lo que implica para los ciudadanos una salida de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una decisión del momento no puede dejar de considerar las consecuencias futuras que dicha decisión traería consigo.

## **VIII. CONCLUSIÓN**

La pena de muerte no va a solucionar en lo absoluto el problema de la delincuencia violenta y menos la delincuencia sexual. Lo que creo que hay que hacer es mejorar los órganos de persecución penal, dotarles de mejores recursos, apoyar la reforma procesal penal, darles a los fiscales y magistrados óptimas condiciones de trabajo y mejorar enormemente el sistema carcelario. Es decir que el Estado invierta más dinero para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y no pretenda solucionar simbólicamente el problema con una poca costosa reforma constitucional y legal. Fuera del derecho penal hay también mucho por hacer: evitar el hacinamiento familiar que lleva a la promiscuidad, evitar el acceso a la pornografía a los menores de edad, fomentar una cultura de respeto a la sexualidad, etc. En una sociedad sexualmente tan violenta, no debe sorprender este tipo de degeneraciones de la sexualidad. Pero en este contexto, la pena de muerte no es más que una adición irracional de un mal a otro mal.

## EL PROYECTO 669/06-PE Y LA PENA DE MUERTE<sup>1</sup>

ELIZABETH SALMÓN

**Sumario:** **I.** La pena de muerte en el derecho internacional de los derechos humanos. **II.** Pena de muerte y derecho a la vida en el sistema interamericano de derechos humanos. **III.** Consecuencias jurídicas de la ampliación de los supuestos de aplicación de la pena de muerte.

El Congreso de la República, en su calidad de representante de la voluntad popular en un Estado democrático de Derecho, debe tomar conciencia de que la aprobación del proyecto de ley en discusión supone ubicar al Perú en una situación de responsabilidad internacional del Estado peruano por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos, lo que, a su vez, significa que la única salida viable sería la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en vigor para el Perú desde el 28 de julio de 1978, fecha en que el Estado peruano depositó el respectivo instrumento de ratificación).

### **I. LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En el marco del actual derecho internacional de derechos humanos existe una clara tendencia abolicionista que surge como resultado de una serie de tratados

---

<sup>1</sup> Resumen de la presentación de la doctora Elizabeth Salmón, hecha ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República el día 8 de enero de 2006.

regionales y universales así como de una concepción cada vez más amplia del derecho a la vida.

Las normas que a continuación se señalan no han sido suscritas por el Estado peruano pero sí reflejan una tendencia internacional que proscribe la pena de muerte por su incompatibilidad con principios esenciales de los derechos humanos. En ese sentido son por lo menos cuatro los tratados fundamentales:

- a) En el sistema universal de protección de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 6º que:

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

En los países que no hayan abolido la pena capital solo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Protocolo ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena solo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido en la Observación General 6 sobre el derecho a la vida<sup>2</sup> que si bien los Estados Parte no tienen la obligación de abolir totalmente la pena de muerte, sí se encuentran obligados a restringir su uso a los «más graves delitos», expresión que debe, asimismo, ser interpretada de manera restrictiva. No obstante, señala que los términos del artículo 6 denotan que es deseable la abolición total de la pena de muerte y que todas las medidas encaminadas a la abolición de la misma deben considerarse como un avance en cuanto al goce del derecho a la vida. De igual manera, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1989, establece la abolición total de la pena de muerte en tiempo de paz, reservándola solamente para tiempo de guerra siempre y cuando los Estados Parte hagan constar su reserva a tal efecto en el momento de ratificar el protocolo o adherirse a este. Así, los artículos 1 y 2 de dicho instrumento establecen que:

#### Artículo 1.

1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.
2. Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción.

---

2 Observación General 6: Del derecho a la vida (artículo 6): 30/07/82.

## Artículo 2.

1. No se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo, con excepción de una reserva formulada en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra [...].
  
- b) En el sistema europeo, el artículo 2º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) establece lo siguiente:

### Artículo 2. Derecho a la vida.

1. El derecho de toda persona a la vida esta protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

Pese al establecimiento de esta disposición general, el Protocolo N° 6 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado en 1982 por el Consejo de Europa con la finalidad de recoger la tendencia general de sus estados miembros a favor de la abolición de la pena de muerte, dispuso la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz, reservándola solamente para aquellos actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra. Posteriormente, el Consejo de Europa aprobaría en el año 2002 el Protocolo N° 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual establece la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, incluso en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra. Dicho tratado ha sido ratificado por 37 Estados y firmado por otros siete.<sup>3</sup>

Es importante resaltar, además, que el Estatuto de la Corte Penal Internacional excluye la pena de muerte de las penas que está autorizada a imponer, pese a que tiene competencia sobre delitos sumamente graves como crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Igualmente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al crear el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia y

---

3 Estados que han ratificado el Protocolo 13: Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldova, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, San Marino, Serbia y Montenegro, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania. Estados que lo han firmado pero no lo han ratificado: Albania, España, Francia, Italia, Letonia, Moldavia y Polonia.

el Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1993 y 1994, respectivamente, excluyó la pena de muerte como sanción posible para estos delitos.

Ello pone de manifiesto que la tendencia a nivel mundial es por la abolición progresiva y, en el caso europeo, total, de la pena de muerte. De esta manera, según cifras de Amnistía, al primero de enero de 2006, 86 estados son abolicionistas para todos los delitos, 11 lo son para delitos comunes y 25 estados son abolicionistas de hecho (es decir, que aunque mantienen legislativamente la pena de muerte para delitos comunes, o no la han aplicado en los últimos diez años o mantienen una política de no aplicarla). En total, hay 122 estados abolicionistas frente a solamente 74 retencionistas.

## II. PENA DE MUERTE Y DERECHO A LA VIDA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el sistema interamericano, el artículo 4 de la Convención tutela el derecho a la vida y señala en sus incisos 1 y 2 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de al vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse en los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

En el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (caso «Los niños de la calle») del 19 de noviembre de 1999, la CIDH sostuvo, respecto del derecho a la vida, que:

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un *prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido*. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (las cursivas son nuestras).

Asimismo, en el caso *Baldeón García vs. Perú*, del 6 de abril del 2006, la CIDH estableció lo siguiente:

82. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes [...].

84. [...] el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino [...] que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

Uno de los principios que rigen los derechos humanos es aquel de la progresividad en su aplicación, lo cual implica el mandato de no retroceso. Así, respecto de la pena de muerte, la obligación de los Estados consiste en no ampliar los supuestos de aplicación de la misma. Más aun teniendo en cuenta que el derecho a la vida es el derecho más importante —inherente a la condición de ser humano— y el presupuesto fáctico del respeto, protección y desarrollo de los demás derechos. Por ello, si bien es cierto que el Estado es soberano para decidir internamente qué medidas y sanciones deben ser aplicadas con la finalidad de preservar su seguridad y el bienestar de su población, ello no lo faculta al incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en los tratados de los que es parte y que garantizan el respeto de los derechos humanos y de la dignidad de sus ciudadanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para la interpretación de la Convención Americana deben aplicarse los criterios de interpretación consagrados para todos los tratados en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969.<sup>4</sup> En este sentido, ella debe interpretarse «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin».<sup>5</sup> Asimismo, la Convención posee en su artículo 29 reglas propias de interpretación, las cuales establecen, entre otras cosas, que las disposiciones de la misma no pueden ser interpretadas de manera

---

<sup>4</sup> CIDH, Opinión Consultiva OC-3/83, pf. N° 49.

<sup>5</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969. Artículo 31.1.

que permita a los Estados Parte suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.<sup>6</sup> Ello implica la aplicación de los principios de interpretación *pro homine* y de progresividad, propios de la teoría general del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, al interpretar el artículo 4.2º *in fine* a la luz del artículo 4.1º, del objeto y fin de la Convención y de los criterios de interpretación anteriormente expuestos, «no es posible albergar duda alguna respecto de la prohibición absoluta contenida en esa disposición, según la cual ninguno de los Estados Parte puede disponer la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos para los cuales no estuviese contemplada previamente por su legislación interna».<sup>7</sup> Esta afirmación categórica es reiterada en el caso *Raxxacó Reyes v. Guatemala*, en el cual, la CIDH ha sostenido que:<sup>8</sup>

#### Ampliación del catálogo de delitos sancionados con pena de muerte

57. Al interpretar el artículo 4.2 de la Convención Americana, este Tribunal advirtió que no es posible albergar duda alguna respecto de la prohibición absoluta contenida en esa disposición, según la cual ninguno de los Estados Partes puede disponer la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos para los cuales no estuviese contemplada previamente por su legislación interna.

58. Los representantes y la Comisión Interamericana alegan que las modificaciones que se hicieron al artículo 201 del Código Penal de Guatemala, que tipificaba el delito de plagio o secuestro, son contrarias al artículo 4 de la Convención porque sancionan con pena de muerte conductas que no lo estaban cuando Guatemala ratificó la Convención Americana. [...]

63. Para establecer si la modificación introducida [...] al tipo penal de plagio o secuestro trae consigo una «extensión» de la aplicación de la pena de muerte prohibida por el artículo 4.2 de la Convención Americana, conviene recordar que el tipo penal limita el campo de la persecución penal, acotando la descripción de la conducta jurídica.

64. La acción descrita en [la norma modificada] correspondía a la sustracción o aprehensión dolosa de una persona, acompañada de cierto

6 Artículo 29. Normas de interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarles en mayor medida que la prevista en ella; [...]

7 Cf. nota 6.

8 CIDH. Resolución del 24 de septiembre de 2005, pf. N° 57.

propósito (lograr rescate, canje de terceras personas u otro fin ilícito); consecuentemente, el tipo penal protegía básicamente la libertad individual. El hecho recogido en el inciso segundo de esta norma abarcaba un extremo adicional: además de la sustracción o aprehensión, la muerte, en cualquier circunstancia, del sujeto pasivo; con ello se protegía el bien jurídico de la vida. En consecuencia, existe un deslinde entre el secuestro simple y el secuestro calificado por la muerte del ofendido. En el primer caso se aplicaba pena privativa de la libertad; en el segundo, pena de muerte.

65. El artículo 201 del Decreto Legislativo No. 81/96, que se aplicó en la condena al señor Raxcacó Reyes, tipifica una sola conducta: sustracción o aprehensión de una persona, acompañada de cierto propósito. La acción de dar muerte no se halla abarcada por este tipo penal, que protege la libertad individual, no la vida, y prevé la imposición de pena de muerte al secuestrador.

66. Si bien el *nomen iuris* del plagio o secuestro permaneció inalterado desde [...] que Guatemala ratificó la Convención, los supuestos de hecho contenidos en los correspondientes tipos penales cambiaron sustancialmente, hasta hacer posible la aplicación de la pena de muerte por acciones no sancionadas con esta en el pasado. Aceptar una interpretación contraria permitiría que un delito pudiera ser sustituido o alterado con la inclusión de nuevos supuestos de hecho, no obstante la prohibición expresa de extender la pena capital, contenida en el artículo 4.2 de la Convención.

Adicionalmente, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 1990, dispone la total abolición de la pena de muerte, pero permite a los Estados Parte conservarla en tiempo de guerra si hacen constar su reserva a tal efecto en el momento de ratificar el protocolo o de adherirse a este. Si bien el Estado peruano no ha ratificado este tratado, la entrada en vigor de este Protocolo revela la tendencia existente en el sistema interamericano hacia la progresiva abolición de la pena de muerte.

En consecuencia, al emitirse una ley que amplíe los supuestos de aplicación de la pena de muerte para delitos comunes, el Estado peruano contravendría lo sostenido por la CIDH en la OC-14/94 al señalar que «la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de esta [...]».<sup>9</sup> De igual manera, en la OC-3/83 sobre las restricciones a la pena de muerte, la CIDH ha sostenido lo siguiente:

---

9 CIDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párrafo N° 50.

54. Un nuevo grupo de limitaciones aparece a propósito del género de delitos que podrían acarrear dicha pena. Por una parte, se dispone que la pena de muerte no podrá imponerse sino para los delitos más graves ( artículo 4.2 ) y por la otra, se excluye de modo absoluto su aplicación por delitos políticos o por delitos comunes conexos con los políticos ( artículo 4.4 ). La circunstancia de que la Convención reduzca el ámbito posible de aplicación de la pena de muerte a los delitos comunes más graves y no conexos, es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable solo en condiciones verdaderamente excepcionales. Por último, en relación con la persona del convicto, la Convención excluye la imposición de la pena de muerte a quienes, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años o más de setenta y prohíbe su aplicación a mujeres en estado de gravidez ( artículo 4.5 ).

56. Es, sin embargo, en otro sentido como aparece más marcada y decisiva la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte, subyacente en el artículo 4 de la Convención. En efecto, según el artículo 4.2 *in fine*, «tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente» y, según el artículo 4.3, «no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido». No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que en el ordenamiento interno, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del caso Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos,<sup>10</sup> ha señalado, respecto de los fines de la pena, que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la teoría de la prevención especial positiva, por la

---

10 Exp. N° 010-2002-AI/TC.

cual, se propone que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad. Ello, según sostiene el Tribunal, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese sentido, el Tribunal establece que:

124. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140 de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte.

Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N° 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

125. A juicio del Tribunal, de las exigencias de «reeducación», «rehabilitación» y «reincorporación» como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

De este elemento de temporalidad de la pena, en función de la garantía de la protección de la dignidad del ser humano como principio esencial del sistema normativo peruano, puede desprenderse la postura del Tribunal Constitucional peruano —en su calidad de supremo intérprete de la Constitución— en materia de la finalidad de la pena y las características que la misma debe tener en un estado constitucional, democrático y social de derecho en el que la persona humana constituye el fin supremo del mismo.

### **III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE**

La ampliación de la pena de muerte a nuevos tipos penales tendría como consecuencia la denuncia del Estado peruano de la Convención Americana o, de no hacerlo, la responsabilidad del mismo por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. No obstante, como lo establece la Convención Americana, la denuncia debe realizarse con el preaviso de un año (artículo 78) y esta no tendrá

por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en la Convención respecto a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

No obstante, la denuncia de la Convención Americana ocasionaría el retiro casi total del sistema interamericano de derechos humanos, puesto que la Comisión Interamericana podría seguir conociendo peticiones individuales sobre el Perú pero solamente sobre la base de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, ya no se tendría acceso a la CIDH, la cual ha realizado un trabajo muy importante a efectos de garantizar la adecuada protección de derechos humanos de los peruanos en numerosos casos planteados ante dicho órgano. En efecto, las sentencias de la CIDH generaron los siguientes resultados favorables: (a) declaración, en 1995, de la incompatibilidad de las Leyes de Amnistía y la Convención Americana; (b) el cuestionamiento de la legislación antiterrorista del 5 de abril de 1992, por atentar contra las garantías del debido proceso, lo cual motivó la emisión de una sentencia del Tribunal Constitucional peruano que declaró la inconstitucionalidad de numerosas disposiciones de la legislación; (c) la reparación de abusos de poder, como la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional y el retiro de la nacionalidad de Baruch Ivcher; (d) la emisión de la primera sentencia sobre desaparición forzada a partir del caso Ernesto Castillo Páez; y (e) el pronunciamiento sobre vulneraciones a derechos laborales como la reducción de la pensiones de jubilación (caso Cinco Pensionistas) o el despido arbitrario (caso Acevedo Jaramillo— SITRAMUN).

Por ello, con la denuncia de la Convención Americana se produciría una situación de desprotección de los peruanos frente a posibles violaciones de sus derechos humanos. No debe olvidarse que pese a que el sistema internacional de derechos humanos se estructura a partir del consentimiento de los Estados, es un sistema destinado al ser humano y, por lo tanto, el Estado no puede disponer del derecho que este tiene a la tutela efectiva de sus derechos sin que exista una justificación razonable y proporcional para ello. Al respecto, es necesario señalar que el artículo 205 de la Constitución establece que:

Artículo 205.- Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

En consecuencia, con la denuncia de la Convención, se estaría reduciendo el derecho constitucional de los peruanos a contar con un mecanismo efectivo de protección de sus derechos humanos en el ámbito internacional.

## PENA DE MUERTE: PAROXISMO DEL «DERECHO PENAL» DEL ENEMIGO

MANUEL CANCIO MELIÁ

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** El discurso político–criminal. **1.** La percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima. **2.** Existe consenso político y social en el discurso político–criminal expansivo. **3.** El discurso político–criminal expansivo se globaliza. **III.** «derecho penal» del enemigo: la exclusión como fin (latente) de la pena. **IV.** Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

1. La tarea planteada por el profesor Hurtado Pozo —emitir una opinión sobre los actuales proyectos legislativos de reinstaurar la pena de muerte en el Perú— que reúne en estas páginas a un grupo de penalistas, no es común.

Puede parecer, en primer lugar, extemporánea; un espectro redivivo. Puede afirmarse que la evolución del sistema jurídico–penal regido por el principio de legalidad, que comparten América Latina y diversos países europeos, ha conducido en esta materia a un consenso: la pena de muerte queda excluida de los sistemas penales de estos países (en concreto, en la Unión Europea este es uno de los pocos consensos políticos básicos). Por ello —después de todo lo escrito y debatido en este punto hace décadas— puede generar un extraño y triste *déjà vu* que en una joven —en términos comparativos— república americana se presente ahora este fantasma, el de la pena de muerte, con sorprendente vitalidad y en vestimentas

políticas igualmente sorprendentes. Sin embargo, esta es solo una apariencia: la historia no se repite, y hay buenas razones para pensar que los actuales planes para la (re) instauración de la pena de muerte en el Perú —esta será una de las tesis a plantear aquí— no constituyen un anacronismo. Por el contrario, son muestra de una evolución actual en el conjunto de los ordenamientos penales. En efecto, cabe observar cómo se produce en todo Occidente una evolución en la que el derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública. En correspondencia, en el plano del Derecho positivo, se va construyendo un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del derecho penal.<sup>1</sup>

En segundo lugar, puede pensarse que resulta poco idóneo que sea un jurista extranjero quien opine sobre una reforma de tanta importancia política, careciendo de los necesarios conocimientos tanto acerca del ordenamiento jurídico peruano como de la realidad política peruana. Sin embargo —dejando de lado la proximidad, debida a factores históricos y culturales, entre el ordenamiento peruano y los europeo–continentales—, hay también elementos que indican que quizás el alejamiento del observador pueda convertirse en un factor potencialmente útil: quien no conoce el debate político en torno al proyecto, opinará más en Derecho. Más allá de esto, concurre otro factor —aparte del «clima» político–criminal compartido en

---

1 Sobre la situación político–criminal general, ver por todos la fundamental síntesis elaborada por SILVA SÁNCHEZ, 2001, y, muy recientemente, el profundo estudio de BRANDARIZ GARCÍA, 2007. En este contexto, en la discusión ha adquirido enorme protagonismo la noción de «derecho penal del enemigo»; sobre el concepto, Ver solo JAKOBS, 1985: 753 ss.; 2004a; 2004b: 40 ss.; en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ 2006: 93 ss. Subrayando la potencia analítica del concepto, y en contra de su compatibilidad con un Derecho (penal) de un estado de Derecho CANCIO MELIÁ, 2005: 267 ss.; en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, 2006, T. II: 85 ss. (escépticos se muestran, sin embargo, GRECO, 2006: 96 ss., 104 ss. y ROXIN, 2006 T I: 2/126 ss., 128, respecto de su utilidad en cuanto concepto crítico (considerando que es demasiado amplio y con demasiada carga emocional); frente a ello hay que afirmar que el concepto de «derecho penal del enemigo», para un uso diagnóstico, de hecho no es idóneo —quizás con la excepción de los delitos de terrorismo— para ser usado directamente en el análisis de los tipos en la Parte Especial; pero lo cierto es que se trata de un objetivo de gran angular que no es adecuado para las imágenes cercanas, de detalle, pero sí para los paisajes, para las imágenes panorámicas). En todo caso, desde el punto de vista aquí adoptado la polémica internacional generada en torno a este concepto está siendo muy fructífera; Ver solo los numerosos trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *derecho penal del enemigo*, 2 volúmenes (Ver *supra*). Ha de subrayarse, en todo caso, que más allá de la valoración político–criminal del derecho penal del enemigo existente en la realidad del Derecho positivo, este también desde la perspectiva de JAKOBS, 2004b: 30, no es materialmente derecho penal, sino Derecho de excepción.

todo Occidente— común: también aquí, en el caso peruano —como sucede en España—, es en el ámbito de los delitos de terrorismo y en el de determinados delitos sexuales (sobre todo aquellos en los que de algún modo están implicados menores) en donde se plantea la *última frontera* del populismo punitivo,<sup>2</sup> en donde el legislador foguea sus más *atrevidas* novedades en materia de legislación criminal. Solo que aquí, en Europa, no hemos llegado aún tan lejos en el plano cuantitativo.

2. Con lo poco dicho hasta ahora queda esbozado qué es lo que aquí puede hacerse y qué no. No es posible, ni deseable, reeditar aquí el amplísimo debate —referido a elementos aplicativos,<sup>3</sup> a las bases filosóficas y jurídico-constitucionales— respecto de la pena de muerte. Por un lado, porque este debate habrá tenido lugar en el plano nacional, en la discusión jurídico-constitucional peruana, estimo, en torno a la aprobación de la Constitución de 1993, que en su artículo 140 deja entreabierta la puerta<sup>4</sup> que ahora quiere abrirse con decisión por diversos agentes políticos.<sup>5</sup> Por otro lado, porque lo decisivo sobre este debate fundamental se dice —en la vivísima discusión estadounidense del momento— o se dijo —en los procesos de abolición de la pena de muerte en los distintos países europeo-occidentales— en otros lugares, *in extenso*, por las voces más autorizadas.<sup>6</sup> Y, finalmente, porque la cuestión fundamental en torno a la pena de muerte —permítaseme cortar así aquí una discusión que merece mucha atención— es *política*. Es una cuestión de progreso. En qué enumeración ha de estar la República del Perú, ¿en la lista que contiene a Afganistán, Arabia Saudita, China, Corea del Norte, muchos de los Estados miembros de los EE.UU., Irán, etc.? ¿O junto con la mayoría de sus repúblicas hermanas, junto con los países miembros de la Unión Europea?<sup>7</sup>

Las páginas que siguen adoptarán otra perspectiva distinta de la consideración aislada de la pena de muerte: la del sistema jurídico-penal en su conjunto.

---

2 LARRAURI PIJOAN 2006: 15 ss.

3 Aunque parece que alguno de los proyectos legislativos ha *resuelto* este problema; así, el PL 164/2006-CR afirma categóricamente que gracias a las pruebas de ADN «no se producirán errores judiciales» (p. 10).

4 CARO 2007: 77 s., califica esta decisión de «falla estructural» en el sistema jurídico peruano.

5 Ver solo la síntesis argumentativa ofrecida en aquel momento por UGAZ, 1993: 181 ss., y las reflexiones actuales de HURTADO POZO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte\\_jhp.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf).

6 Respecto de la actual situación peruana, Ver solo CARO JOHN 2007: 77 ss.

7 En relación con la República Federal de Alemania —en cuya Constitución quedó abolida la pena de muerte después de los horrores del régimen nazi—, en sentido similar CARO JOHN 2007: 80.

En lugar de hablar de la pena de muerte como institución, se planteará cuál es el derecho penal en el que se propone la introducción de la pena de muerte. Ello debe hacerse en dos pasos, atendiendo a dos momentos: el momento de la génesis político-legislativa del *nuevo* derecho penal, primero, y sus resultados jurídico-positivos, después. Entonces, partiendo de que la pena de muerte es hoy una carga de profundidad en un Estado que pretenda ser «de Derecho» —y no solo «con» Derecho, en famosa expresión de Elías Díaz—, ha de plantearse, en primer lugar, la cuestión de cuál es la política criminal que hace posible la actual evolución, y de si, efectivamente —como antes se ha planteado—, pueden inscribirse los actuales proyectos de reforma constitucional y legislativa en el Perú en la común evolución político-criminal de los países de Occidente a la que antes se ha aludido (*infra* II). En segundo lugar, debe intentarse caracterizar el ordenamiento jurídico-penal positivo que deriva de esa política criminal (*infra* III.). Estas breves consideraciones se harán, ante todo, dejando hablar al (pre)legislador peruano de los Proyectos de Ley 164/2006-CR, 281/2006-PE, 282/2006-CR (violación sexual de menores seguida de muerte) y 669/2006-PE (terrorismo).

## II. EL DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL

Como antes se ha dicho, se aprecia con toda claridad un cambio del discurso político-criminal en las últimas décadas. Este cambio puede caracterizarse —muy sintéticamente— a través de tres tesis:

### 1. La percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima

Ya el tratamiento jurídico-dogmático de la figura de la víctima concreta —en el plano de la aplicación, por tanto— muestra que se trata de un elemento extraordinariamente ambivalente en términos político-criminales: se plantea un verdadero *dilema victimológico*, en el que la introducción de este factor oscila entre la retirada de la protección del poder público (privatización) que puede significar atribuirle responsabilidad (*blaming the victim*) y la exacerbación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor que puede implicar colocar en primera línea de un supuesto el sufrimiento individual de la víctima.<sup>8</sup> Esta ambivalencia es expresión de la relevancia estructural que para el moderno derecho penal público tiene la posición de la víctima: Hassemer ha llegado a vincular el mismo nacimiento de este derecho penal a la «neutralización de la víctima»,

8 Ver solo CANCIO MELIÁ 2001: 221 ss., 229 ss.

a su disolución en el Estado como una especie de «víctima general».<sup>9</sup> Pues bien: cualquier análisis superficial de la comunicación acerca de los fenómenos criminales muestra que esta se centra, progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación, y en el discurso político–criminal activista en el que se adopta la posición —compartida por casi toda la población— de posible víctima, de víctima potencial.<sup>10</sup> Parece claro cuál es el sesgo que toma tal reducción unilateral de la perspectiva acerca del delito: la absolutización de la *prevención fáctica*; la víctima (potencial) —definida solo como tal— lo que desea es no llegar a serlo.<sup>11</sup> Cabe detectar este rasgo en el discurso criminal también en los textos prelegislativos peruanos que pretenden la introducción de la pena de muerte. Como es sabido, las víctimas especialmente vulnerables —los niños— tienen una capacidad especialmente intensa de movilización; invocarlas es un argumento definitivo: «Es hora de que hagamos algo. Debemos empezar por reconocer que las niñas, los niños y adolescentes, tienen derechos los que necesitan ser protegidos, reivindicados y respetados...»;<sup>12</sup> con toda claridad: «Ante la intención abolicionista [¿?] de los grupos de derechos humanos que abogan por los derechos del violador, nos preguntamos ¿quiénes abogan y defienden los derechos humanos de los niños y adolescentes víctimas de tan monstruosos crímenes?».<sup>13</sup>

## **2. Existe consenso político y social en el discurso político–criminal expansivo**

Aún sin entrar aquí en la concreta génesis de estos procesos de evolución político–criminal,<sup>14</sup> parece que es esencial subrayar que es un verdadero lugar común afirmar que existe un amplísimo *consenso social* respecto de segmentos decisivos de la nueva legislación penal. El consenso se convierte en práctica unanimidad,

---

9 HASSEMER 1990: p. 70.

10 El ejemplo más acabado de este proceso, con una movilización social autónoma más que notable, hay que verlo en el «movimiento de defensa de los derechos de las víctimas» en los Estados Unidos, que ha tenido una influencia decisiva en la adopción de reglas de *three strikes* en muchos estados; Ver solo DUBBER, 2003: 13 ss.

11 Ver, por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ 2001: 52 ss.

12 EM PL 164/2006-CR (p. 5).

13 EM PL 164/2006-CR (p. 8 s.)

14 Ver CANCIO MELIÁ 2006 90 ss., con referencias. En todo caso, debe subrayarse aquí que en el plano fáctico, cabe constatar que ese consenso político–criminal es a veces un consenso inducido, fabricado: Ver solo los *case studies* respecto del ámbito estadounidense (comenzando por la famosa utilización de la llamada *war on drugs* en la campaña presidencial de Bush I) contenidos en BECKETT, *Making Crime Pay, passim*.

en particular, en lo que se refiere a la regulación, precisamente, de las infracciones en materia de terrorismo<sup>15</sup> y de los delitos sexuales dirigidos contra menores: puede afirmarse que este ámbito de regulación ha ejercido una función precursora en la evolución expansiva de las posiciones político–criminales. Parece claro, a grandes rasgos, que la población es favorable a «reacciones firmes»; pero es muy discutible que pueda darse por probada la existencia de ese pretendido consenso social respecto de concretas medidas o instituciones jurídico–penales.<sup>16</sup> En este ámbito, aparte de la utilización política del fenómeno criminal, entra en juego la propia posición y dinámica de los medios de comunicación de masas, en particular, la televisión.<sup>17</sup> En todo caso, este supuesto consenso social fáctico —en una sorprendente abdicación del legislador— es elevado a instancia decisiva y fundamento suficiente y único para la adopción de medidas de legislación criminal en los textos prelegislativos peruanos que ahora pretenden la instauración de la pena de muerte.<sup>18</sup>

En el plano del espectro político y sus posiciones sobre las reformas en este contexto, resulta especialmente llamativo el cambio de actitud de la izquierda política: de una línea —simplificando, claro está— que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento

15 «Desde luego, el ciudadano se acostumbra ante el trasfondo de determinados escenarios... [de acciones terroristas] a la completa abolición de su libertad sin reconocer el círculo vicioso: los Estados reaccionan frente al injusto con un mega-injusto» (ALBRECHT 2005: 854); los orígenes de esta evolución son, claro está, muy anteriores a la última década; Ver solo el relato respecto de la evolución en el espectro político español en los años ochenta del siglo pasado contenido en TERRADILLOS BASOCO 1988: 31 ss. En todo caso, debe subrayarse que este consenso es difuso —como no podía ser de otro modo-, no técnico, que se agota normalmente en pedir una «respuesta contundente»; ver a continuación en el texto.

16 Las afirmaciones en este ámbito son de una enorme vaguedad: «...las normas responden a la realidad social en la que se ejercen» (EM PL 282/2006-CR, p. 3); «Como es de público conocimiento, los casos... vienen incrementándose aceleradamente en nuestra sociedad». (sin ninguna referencia, EM PL 281/2006-PE, p. 2); en algún caso, se trata de afirmaciones manifiestamente falsas: así, por ejemplo, se afirma en la EM PL 164/2006-CR (p. 3) que existe «una fuerte corriente de opinión a favor de la aplicación de la pena de muerte como respuesta de la sociedad ante la alarmante proliferación de violadores de niños» entre otros países, en España. Eso es falso. No existe tal corriente de opinión.

17 La EM PL 164/2006-CR, p. 4, funda sus posiciones en «los medios de comunicación» —«no hay día en que no presenten casos...»— y en la revista *Caretas*, además de alguna tabla estadística (poco contextualizada), y, según parece, la fundamental instancia de la esposa del presidente de la República, que según parece habría declarado a una estación de radio que «la violencia sexual se ha convertido en deporte nacional» (p. 8); la EM PL 282/2006-CR, p. 5, por su parte, se limita a afirmar que «Es aberrante el incremento de casos de violación y muerte de menores de edad en nuestro país, la prensa informa diariamente sobre estos casos».

18 Así, por ejemplo, se afirma (EM PL 282/2006-CR, p. 3) que «la razonabilidad implica lo que se tiene por correcto en un determinado contexto social», sin más.

del sistema económico-político de dominación<sup>19</sup> a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas:<sup>20</sup> delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltratadas, etc.<sup>21</sup> Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser «conservador», sino igual de «progresista» (o más) que todos los demás grupos (en este contexto, defensista). En este sentido, la derecha política ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos «progresistas». Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, esta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, «perteneciente» a la izquierda —una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y «más efectivas» penas ya no es un tabú político para nadie. Nada distinto cabe decir, en lo que se alcanza a ver, respecto de los planes de modificar la legislación penal peruana para introducir la pena de muerte: como señala Hurtado Pozo, «mortícolas y abolicionistas se encuentran en todas las tiendas políticas».<sup>22</sup> En efecto, los diferentes proyectos de ley provienen del Gobierno, del grupo parlamentario de la mayoría presidencial y de otro grupo político: sin embargo, no cabe apreciar diferencias esenciales en la fundamentación que se ofrece en los diferentes proyectos de ley, hasta el punto de que los argumentos de los prelegisladores contra los opositores a la instauración de la pena de muerte no se dirigen —en absoluto— contra otras fuerzas políticas, sino que se centran en unos difusos «juristas y defensores de los derechos humanos»,<sup>23</sup> usándose esta denominación a modo de calificación despreciativa.<sup>24</sup> Por otra parte, aun para el observador extranjero no puede dejar de resultar sorprendente que estas iniciativas legislativas

---

19 Ver la exposición de SILVA SÁNCHEZ 2001: 57 ss.) acerca de este cambio de orientación; el movimiento paralelo en las ciencias penales podría ser identificado la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; ver solo la panorámica trazada por SILVA SÁNCHEZ 1992: 18 ss.

20 «Go and tell a worker robbed of his week's wages or a raped woman that crime doesn't exist», frase significativa del criminólogo YOUNG citada por SILVA SÁNCHEZ 1992: 23, nota 36.

21 Ver sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, SILVA SÁNCHEZ 2001: 69 ss., con ulteriores referencias.

22 HURTADO POZO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte\\_jhp.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf), p. 3.

23 EM PL 164/2006-CR, p. 7, «desoyendo el clamor de la sociedad».

24 No puede dejar de reseñarse aquí la sorprendente circunstancia de que las respectivas Exposiciones de Motivos de los Proyecto de Ley 281/2006-PE y 669/2006-PE, referidos, respectivamente, al caso del delito de violación de menor y a las infracciones de terrorismo, son en gran medida idénticas! Parece que con la reproducción de unos folios cualesquiera se cumple un

recuperen, punto por punto, la política y las argumentaciones llevadas al debate público en 1993 por un gobernante —el hoy procesado Fujimori—<sup>25</sup> del que todas las fuerzas políticas significativas ahora reniegan al máximo, a la hora de ampliar la dicción del artículo 140 de la Constitución Política (dejando de lado la cuestión de la legitimidad que pueda corresponder a una Constitución dedicada a elaborar jurídicamente el *autogolpe* de 1992) al terrorismo.

### 3. El discurso político–criminal expansivo se globaliza

Como no podía ser de otro modo, el fenómeno de la globalización se manifiesta también en el mundo del Derecho,<sup>26</sup> y ello no solo en los segmentos de los ordenamientos que se ocupan de las relaciones comerciales internacionales, o en el plano del derecho internacional, sino que también llega a lo que puede parecer la esencia de la soberanía del Estado: el derecho penal.<sup>27</sup> Este proceso de internacionalización se produce —y esto es lo que más llama la atención— sobre todo en dos ámbitos: por un lado, en el plano internacional, en la regulación de determinados sectores de regulación que materialmente forman parte de los fenómenos económicos de globalización (por ejemplo, el medio ambiente o el cohecho en transacciones internacionales); por otro, en lo que puede denominarse el plano supranacional —y de modo especialmente destacado, en el caso de la Unión Europea—, en el que la construcción de nuevas formas supranacionales de organización política plantea también —al menos— la necesidad de armonización de los ordenamientos penales. Sin embargo, también se percibe —con menos claridad, más bien en el trasfondo— que no solo es que haya materias que necesitan de una aproximación penal global, sino que es la política criminal la que se está globalizando. Así, por ejemplo, el campo de la delincuencia sexual relacionada con menores ha adquirido una posición de preeminencia en las últimas décadas en los proyectos legislativos y en los medios de comunicación, no solo del Perú, sino —al menos— de los EE.UU., España, Alemania o Francia.<sup>28</sup> Estamos ante una política criminal globalizada bajo el mismo rótulo: el preventivismo fáctico.

---

trámite cualquiera, no la justificación ante el Parlamento —ante la soberanía popular— de una decisión tan grave como la introducción de la pena de muerte.

25 Sin que el hoy considerado gobernante ilegítimo se atreviera a dar el paso de implementar realmente, a través de una ley penal, la pena de muerte para terroristas que anuncia, desde entonces, la Constitución. El actual gobierno, por lo tanto, supera al de Fujimori en este punto.

26 Cf., por ejemplo, los trabajos reunidos en CANCIO MELIÁ 2006.

27 Ver solo VOGEL 2006: 113 ss.

28 Cf. respecto de las normas de excepción surgidas últimamente en diversos países occidentales solo la exposición de BRANDARIZ GARCÍA 2007: 212 ss.

### III. «DERECHO PENAL» DEL ENEMIGO: LA EXCLUSIÓN COMO FIN (LATENTE) DE LA PENA

1. ¿Qué derecho penal produce esta política criminal? Un modo de contestar a esta pregunta es el de someter a análisis el fin de la pena de las normas correspondientes. Se verá que este se presenta en dos niveles: aunque predomina en el discurso expreso la constante referencia a la seguridad, es decir, a la prevención fáctico-policial como fin de la aprobación de normas, también cabe apreciar la existencia de otro fundamento (latente) en determinados mecanismos de constitución de la identidad social.

Como es sabido, en los últimos tiempos se ha venido desarrollando en la teoría del derecho penal —con independencia de que se plantee como una cuestión perteneciente a la definición del injusto o a la teoría de la pena— una intensa discusión acerca de la idea (introducida en el debate teórico más reciente sobre todo por Jakobs) de que en el derecho penal positivo coexisten, en realidad, dos modelos de ordenamiento: por un lado, un segmento de regulación en el que se procede conforme —a grandes rasgos— al discurso de legitimación habitual, es decir, dicho en una frase, se reprimen las actuaciones erróneas (delictivas) de los ciudadanos. Por otro, existiría —de modo no explicitado— otro segmento de regulación —el «derecho penal» del enemigo— en el que el marco de legitimación es completamente distinto, pues se trataría de normas destinadas ante todo a la prevención, suspendiendo muchos de los elementos de garantía que caracterizan al ordenamiento penal habitual (tanto en el plano material como en el procesal), supeditándolos a la obtención de los objetivos preventivos específicos. Aquí se trataría no de reprimir, sino de evitar por todos los medios.

En efecto: si algo ha mostrado el debate generado en los últimos años acerca del concepto (general) del «derecho penal» del enemigo, es que la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para los *enemigos* está —de modo paralelo a lo que sucede en otros sectores de regulación implicados en esta evolución político-criminal, pero aquí con mucho mayor intensidad— en la cuestión de la *peligrosidad* de los actos de los delinquentes y en la consiguiente necesidad de su prevención instrumental,<sup>29</sup> al tratarse de una fuente de peligro especialmente significativa.<sup>30</sup> Este discurso, como es sabido, alcanza

---

29 Ver en Alemania solo JAKOBS, en: JAKOBS /CANCIO MELIÁ 2003: 42; 2005: 847; en el mismo sentido ROELLECKE 2006: 265 ss., 269; SCHÄUBLE 2006: 71; acepta estos términos de discusión, aún partiendo de una posición opuesta, por ejemplo, ALBRECHT 2005: 855.

30 Cf., por ejemplo, en términos más generales, SILVA SÁNCHEZ 2001: 163): «fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado»;

desde el año 2001 su máxima intensidad en el ámbito del terrorismo. Dicho en las palabras del actual Ministro federal del interior alemán:

En la lucha contra el terrorismo tenemos que hacer uso efectivo de todos los instrumentos que están a disposición del terrorismo. El derecho penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con el derecho penal, allí donde comience a ser peligroso, y no solo una vez que se hayan producido atentados.<sup>31</sup>

El mismo discurso aparece en los textos prelegislativos peruanos, si bien aquí se trata de la pena de muerte y en Alemania, de la ampliación del delito de colaboración con una organización terrorista: en el proyecto del gobierno respecto de determinadas infracciones terroristas,<sup>32</sup> el tenor dominante es la prevención: la pena de muerte es necesaria «...dada la altísima peligrosidad que representan [los delincuentes terroristas] para la sociedad en su conjunto»; «...en aras de garantizar la seguridad del país».<sup>33</sup> También en el *pot pourri* filosófico que ofrece el PL 669/2006-PE —desde Platón hasta el catecismo de la Iglesia católica, pasando por Santo Tomás de Aquino y una innominada *doctrina* («la doctrina»),<sup>34</sup> todo ello, en un folio y medio— dominan con claridad los razonamientos preventivistas: «...una persona nociva y pernicioso»; «defender la salud de la sociedad»; «medio de legítima defensa para la sociedad».<sup>35</sup>

Sobre todo en el ámbito del terrorismo,<sup>36</sup> por lo tanto, queda condensada toda la problemática de un modo que puede denominarse *terminal* en comparación con la utilización de esta argumentación en otros ámbitos, por las dimensiones apocalípticas que asume casi siempre en el discurso público la referencia a la peli-

---

«reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves» (SILVA SÁNCHEZ 2001: p. 166).

31 SCHÄUBLE 2006: 71; este discurso es una verdadera apoteosis del llamado «Estado de prevención»; ver por todos DENNINGER 1988: 1 ss.

32 Otro tema —dogmático y de legalidad— es el de la muy deficiente formulación típica de las distintas figuras, Ver PL 669/2006-PE, artículo 3. a) y b) respecto del terrorismo; en cuanto a la —igualmente: técnicamente muy deficiente— regulación de los delitos sexuales, Ver solo CANCIO MELIÁ, RPCP n° 11 (2002): 175 ss.

33 EM PL 669/2006-PE, p. 1.

34 Realmente produce intriga: ¿qué *doctrina* será esa que pretende citar, sin nombrarla, el ejecutivo del Perú? Dicho sea de paso —aunque este es un argumento secundario, como todos los de autoridad— que no hay en Europa ni un solo penalista de nombre que apoye la pena de muerte.

35 EM PL 669/2006-PE, p. 1.

36 Aunque no solo aquí; ver en relación con el delito de violación de menor seguido de muerte: «La defensa de la persona humana es el fin supremo del Estado, así también es obligación del Estado peruano la protección del menor» (EM PL 282/2006-CR, p. 4).

grosidad de los terroristas: ante los modos completamente irrestrictos que muestra el más reciente terrorismo de inspiración religioso-política de orientación islámica, condensados en los atentados del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del 7 de julio de 2005,<sup>37</sup> la cuestión que se plantea es, nada más y nada menos, la de si nuestra sociedad está dispuesta a *sucumbir* ante los riesgos emanados del terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir *recortes en las libertades*.<sup>38</sup>

2. Sin embargo, en el plano empírico de la *eficacia preventiva* frente a esos riesgos terminales, la experiencia en otros países europeos respecto de organizaciones terroristas europeas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo XX muestra, según algunas voces en la discusión, que la aplicación de las infracciones específicamente terroristas —con regularidad, con procesos de reforma puestos en marcha en momentos de especial crisis por la comisión de hechos especialmente significativos— no ha conducido tanto a evitar delitos como, por ejemplo, ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión, retrasando en cierta medida el proceso de disolución endógeno.<sup>39</sup> Por otra parte, en lo que se refiere a la pena de muerte, es un lugar común la constatación de su inutilidad preventiva: como dice Ugaz, «...lo único científica y universalmente demostrado es que no existe relación alguna entre la vigencia de la pena de muerte y la reducción de la delincuencia»;<sup>40</sup> compárense las tasas de delincuencia en países con y sin pena de muerte.<sup>41</sup> ¿Carece, entonces, el argumento estrella<sup>42</sup> de la discusión en este ámbito en realidad de peso?

---

37 Si se examinan las páginas que dedica LAQUEUR 1992: 446 ss., en una obra general al terrorismo en Europa en el año 1992, llama poderosamente la atención la tranquilidad de espíritu con la que se examina el fenómeno en comparación con la impronta de las aproximaciones en estos momentos.

38 Ver solo la formulación dramática de JAKOBS 2003: 75 s.): «...quien defienda la posición de que en el Estado de Derecho siempre *todo* debe convertirse en realidad, debería saber que aquel 'todo' en la realidad concreta se ve acompañado por un 'o nada'».

39 Ese parece ser el caso, en particular, en la República Federal de Alemania, del paso de la «primera generación» de la «Fracción del Ejército Rojo» [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista; cf., por ejemplo, DENCKER 1987: 117 ss.; DÜX, 2003: 191 s.: respecto del caso paralelo de la legislación antimafia por todos MOCCIA 1997: 53 ss.

40 Ugaz Sánchez Moreno 1993: 182.

41 Por mucho que en las (idénticas) EM de los PL 669/2006-PE y PL 281/2006-PE se formule la petición de principio de que «genera» una «tremenda fuerza inhibitoria» (p. 2 y 1, respectivamente); en contra de esta argumentación en el caso peruano CARO JOHN 2007: 78.

42 Otro *argumento* utilizado en los textos prelegislativos peruanos (concretamente, en el PL 164/2006-CR, p. 10), el del coste del mantenimiento de los penados en prisión frente al ahorro que supone matarlos, es indigno. ¿Qué clase legislador compensa soles con vidas?

Aquí el punto de partida ha de estar en el reconocimiento de que es muy difícil evaluar cuál ha sido el papel concreto de la existencia de determinadas reglas jurídico-penales (mientras que sí parece razonable pensar que podrá cuantificarse, en alguna medida, la influencia de la organización de los servicios de policía preventiva):<sup>43</sup> esta cuestión, como en otros ámbitos de regulación, se sustrae a afirmaciones empíricas de cierta consistencia.<sup>44</sup> En última instancia, las argumentaciones que toman como base de su construcción exclusivamente elementos en clave de *protección*, de *eficiencia preventiva*, de *reacción frente a la peligrosidad* terminal de los fenómenos terroristas pide, tanto en el ámbito del derecho penal antiterrorista como en otros, demasiado al derecho penal.

De hecho, si observamos la realidad social en la que se aplican estas normas, se percibe con claridad que el carácter exacerbado del derecho penal del enemigo puede tener incluso efectos contrarios a los perseguidos. Piénsese en el caso del terrorismo: el espacio ilegítimamente pretendido por las organizaciones terroristas no es territorial. Como es opinión común en las ciencias sociales que se han ocupado de este fenómeno, se trata de una estrategia de comunicación: no se trata de violencia sin más, sino de un lenguaje violento.<sup>45</sup> Se pretende atacar (más exactamente: provocar, desafiar) al poder del Estado como parte de una estrategia: la estrategia del terrorismo no estatal consiste desde sus orígenes sobre todo en alcanzar la hegemonía en su «propio campo» *a través de la espiral acción-reacción*.<sup>46</sup> En lo que se refiere a la concreta orientación política de los actos, lo más indicado puede ser dejar hablar a los propios protagonistas:

[...] esta es la dialéctica de la estrategia de la lucha antiimperialista: que mediante... la reacción del sistema, la escalada de la contrarrevolución, la transformación del estado de excepción político en un estado de excepción

43 Ver solo los perturbadores datos que ofrece SCHEERER 2002: 67 ss., en torno a lo concretas que eran las predicciones de diversos ámbitos expertos respecto de la inminente producción de un atentado como los ocurridos el 11.9.2001.

44 Por supuesto, esta es una constatación de *doble uso*: al igual que es habitual —como aquí se hace— subrayar que no hay evidencia acerca de cuál es la medida en la que una determinada exasperación de la severidad punitiva tiene efectos preventivo-fácticos, tampoco puede haberla respecto de que tal eficacia preventivo-fáctica de una elevación *no* exista; de hecho, esta sería un caso claro de *probatio diabolica*. Esto no cambia en nada el hecho de que quien alega la necesidad de intervención en términos de prevención quizás tenga más razones para intentar fundamentar la eficacia de una determinada opción de incremento de la punibilidad.

45 SCHMID/DE GRAAF, 1982: 1; Ver también, por ejemplo, WALDMANN 1998: 49 (recordando la autoidentificación del terrorismo anarquista de finales del siglo XIX como «propaganda a través del hecho»), 29 ss., 56 ss. (en cuanto al papel de los medios de comunicación); DE LA CORTE IBAÑEZ 2006: 42, 48 s.

46 Ver, por ejemplo, SCHEERER, 2002: 34 ss., 50 ss.

militar el enemigo de identifique, ... y así, mediante su propio terror, levante las masas en su contra, intensifique las contradicciones, haga inevitable la lucha revolucionaria.<sup>47</sup>

Se observa que el derecho penal del enemigo forma parte del plan terrorista.

3. Más allá de la inconsistencia de la obsesión por la eficacia preventiva, sin embargo, lo decisivo está en que este discurso, que domina las expresiones públicas en materia de política criminal como si fuera una evidencia, no explica el verdadero fundamento, las bases reales de la nueva política criminal. Dicho en una frase: bajo la apariencia de la toma de medidas (dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la *demonización* como multiplicador social del derecho penal del enemigo. En este sentido, parece claro que en todos los campos importantes del derecho penal del enemigo («cárteles de la droga»; «criminalidad de la inmigración»; otras formas de «criminalidad organizada», determinados delitos sexuales, y, sobre todo, el terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados.<sup>48</sup> Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término.<sup>49</sup>

---

47 Texto de la *Rote Armee Fraktion* [RAF] (1977), recogido en: WALDMANN 1998: 27.

48 Sin perder de vista que la legislación penal, como es sabido, es utilizada de modo masivo con fines de manipulación social en el discurso político. Sirva de ejemplo la siguiente consideración: en la EM PL 164/2006-CR (p. 4 s.) se recurre a un «caso emblemático» —extraído de la prensa— para «graficar el horror y la monstruosidad que significa una violación infantil». Se relata brevemente la biografía del delincuente —un autor reincidente detenido tras violar y asesinar a dos niñas—, incluyendo el dato de que en el año «1993, cuando prestaba servicio militar en la Base Contrasubversiva de Chanchamayo [...] violó por lo menos a 18 nativas», siendo expulsado del ejército y «mandado al penal de Huamancaca» durante menos de dos años. ¿No parece razonable preguntarse —antes de reclamar la pena de muerte para «resolver» casos como este— si el estado peruano, el ejército, el aparato de persecución penal, la Administración de Justicia, obró bien con el autor? ¿Es razonable que un soldado que comete 18 violaciones esté menos de dos años en prisión (a no ser que influya el hecho de que se tratara de «nativas», quizás incluso de «nativas subversivas»)?: ¿Que no conste tratamiento alguno?

49 Respecto del terrorismo de nuevo cuño, SCHEERER 2002: 7 ss., 13 ss., con ulteriores referencias) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo. Hablaba ya de una «demonología política» y del fenómeno de la patologización en relación con el derecho penal antiterrorista español TERRADILLOS BASOCO 1988, 18. Con carácter general sobre este fenómeno de «demonización», en cuanto parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de «exclusión», Ver solo el análisis de YOUNG 2003: 155 ss., planteado con un amplio enfoque y con ulteriores referencias.

Son muy significativas en este sentido las consideraciones de Enzensberger —hechas bajo la impresión de los atentados del 11.9.2001—<sup>50</sup> en torno al carácter psicopatológico-autodestructivo de los autores de esos atentados: lo único que importa es el impulso de auto y heterodestrucción; los motivos son intercambiables e irrelevantes:

[...] no importa de qué fantasma se trate... un mandato divino cualquiera, una patria sagrada cualquiera, una revolución cualquiera.

En varios de los textos prelegislativos peruanos que aquí interesa aparece este discurso de un modo aún mucho más descarnado y agresivo: [los autores de delitos sexuales gravísimos contra menores] «...no pueden ser llamados seres humanos. Se convierten en monstruos, en animales predadores»;<sup>51</sup> «¿Podemos reconocerles derechos humanos a los violadores que por su <sup>perverso</sup>, cruel y depravado accionar pierden toda dignidad y actúan como animales salvajes?»,<sup>52</sup> «seres abominables, execrables y monstruosos que no merecen vivir». <sup>53</sup> Dicho con toda la claridad deseable —aunque después de haber insistido en el argumento de la «legítima defensa» de la sociedad—: «El tema no es que la pena de muerte sea o no disuasiva. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores». <sup>54</sup>

En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal no es, en realidad, primordialmente una calificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar,<sup>55</sup> sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización (¿monstruo!) y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído? Así se comprende que el «derecho penal» del enemigo —dedicado esencialmente a definir categorías de sujetos— es de modo estructural un derecho penal de autor.<sup>56</sup> Visto desde esta perspectiva el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce una *exclusión* de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse que en este ámbito, las cuestiones en torno a la defensa frente a riesgos

50 En: HOFFMANN/SCHOELLER, *Wendepunkt 11*. Setiembre 2001, p. 116 ss.

51 EM PL 164/2006-CR (p. 3).

52 EM PL 164/2006-CR (p. 5).

53 EM PL 164/2006-CR (p. 7).

54 EM PL 164/2006-CR (p. 11).

55 Una cuestión —la peligrosidad *terminal* especialmente del terrorista— que continuamente se da por supuesta; Ver, por ejemplo, ROELLECKE 2006: 265 ss., o EM PL 669/2006-PE, p. 1.

56 Ver CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ 2003: 137 ss.; por su parte, CARO JOHN, 2007: 77 ss., 78, basa su crítica a los proyectos legislativos peruanos en esta argumentación (principio del hecho).

—que es el denominador esencial de la agenda político–criminal explícita— es lo de menos.<sup>57</sup> En este sentido, la carga genética del punitivismo<sup>58</sup> (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del derecho penal simbólico<sup>59</sup> (la tipificación penal como mecanismo de *creación* de identidad social) dando lugar al código del derecho penal del enemigo,<sup>60</sup> o, dicho de otro modo, el derecho penal del enemigo constituye una nueva fase evolutiva sintética de estas dos líneas de desarrollo. Una nueva fase que, si se consolida, hará desaparecer el Estado de Derecho.<sup>61</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

Es poco lo que cabe concluir, pero —desde el punto de vista aquí adoptado— importante. El análisis del discurso político–criminal que está en la base de los proyectos legislativos que pretenden introducir la pena de muerte para algunos delitos no es muestra de elementos específicos del Perú, sino que se inscribe perfectamente en la orientación que cabe apreciar en todo Occidente en el tratamiento público del crimen. En este sentido, que se trate de la pena de muerte solo es un elemento cuantitativo (aunque, como es obvio, muy relevante), no cualitativo. Una vez identificado el contenido de este discurso —expreso: reflexiones preventivo–fácticas; implícito: una construcción mendaz de la identidad social mediante la exclusión de determinadas categorías de criminales-enemigos—, el diagnóstico es claro: se trata de un verdadero paroxismo de «derecho penal» del enemigo. Si el ordenamiento jurídico del Perú da este paso, habrá abierto una brecha mortal en el edificio del Estado de derecho.

---

57 Decía ya, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO 1988: 19 s. que la regulación antiterrorista española era más simbólica que funcional.

58 Cf. CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, p. 122 ss., 131 ss.; un potente concepto paralelo, proveniente del ámbito anglosajón —y, en particular, de cierto sector de la criminología en los Estados Unidos.— el del «populismo punitivo», y que destaca los aspectos de comunicación política de esta evolución político–criminal, es descrito y desarrollado por LARRAURI PIJOAN 2006: 15 ss.

59 Ver las referencias en CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ *Conferencias*, p. 125 ss.

60 Cf. sobre esta relación de parentesco CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ 2003: 93 ss., 107 ss.

61 CANCIO MELIÁ 2005: 267 ss.; en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ 2003: 85 ss.; respecto de la introducción de la pena de muerte en el Perú, es esta también la tesis de CARO JOHN 2007: 77 ss.: la pena de muerte es incompatible con el Estado de Derecho en que se constituye el Perú.

## EL DEBATE SOBRE LA PENA DE MUERTE EN LAS DISCIPLINAS CRIMINALES

JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA

**Sumario:** **I.** El poder de intimidación atribuido a la sanción capital. **II.** Medio irremplazable con que responder a una necesidad de seguridad colectiva. **III.** Los partidarios de la pena capital afirman que ella responde a la convicción de la mayoría del pueblo. **IV.** El valor de la opinión pública; el carácter irrevocable e irreparable de esta pena. **V.** Las secuelas económicas, morales y políticas de su subsistencia.

En la bibliografía criminalista es frecuente tropezar con extensos catálogos de argumentos a favor y en contra de la pena de muerte.<sup>1</sup> Sin embargo, hay que desbrozarlos y sintetizarlos. Pues entre las razones político-criminales, estadísticas y criminológicas en polémica se percibe afinidades, argumentos de doble filo y también diferencias materiales, cuyo resultado es un cuadro relativamente circunscrito de problemas.

A continuación se expondrá los siguientes temas: el poder de intimidación atribuido a la sanción capital; si ella es el medio irremplazable con que responder a una necesidad de seguridad colectiva; el valor de la opinión pública; el carácter irrevocable e irreparable de esta pena, y las secuelas económicas, morales y políticas

---

1 Por ejemplo, DEL ROSAL 1973: cf. 88 a 91, y GARCÍA VALDÉS 1975: 113 a 114.

de su subsistencia. Prescindimos aquí por completo, pues, de la controversia sobre el máximo suplicio en la Filosofía del Derecho, asunto al que hemos dedicado otro escrito.<sup>2</sup>

## I. EL PODER DE INTIMIDACIÓN ATRIBUIDO A LA SANCIÓN CAPITAL

Según comenta, el efecto intimidante del máximo suplicio ha sido uno de los argumentos favoritos de sus defensores y es en lo que más suele creer el vulgo.<sup>3</sup> Dado que priva al hombre del bien máspreciado, parece forzoso conjeturar que su amenaza debiera prevenir con la mayor eficacia la comisión de los delitos, haciendo retroceder a los criminales avezados y conteniendo a los impulsivos. Prueba de lo cual la ofrecerían los esfuerzos de los sentenciados a muerte en obtener la conmutación por el presidio perpetuo —de la cárcel cabe esperar salir alguna vez mediante la fuga, a causa de una revolución triunfante o un cambio en la política del Estado; pero de la noche de los muertos no se vuelve—.<sup>4</sup>

Este tipo de razonamiento es tan antiguo como su refutación.<sup>5</sup> Descansa en supuestos no demostrados y, en definitiva, en elucubraciones de mero sentido común. Por lo pronto, la historia de la criminalidad es fértil en fenómenos que lo contradicen. Durante la Edad Media, cuando las ejecuciones se producían semanal o diariamente, en medio de un aparato público de terrible solemnidad y a las que se hacía acudir en masa a las gentes con fines de instrucción y aleccionamiento,<sup>6</sup> no parece haberse logrado la impresión de terror represora de los espíritus. Mientras el ladrón fenecía en la horca, en las inmediaciones se cometían hurtos de carteras y hasta homicidios. Este mentís empírico de la intimidación se repite en tiempos más próximos a nosotros, al igual que la no indiferente cifra de verdugos que terminaron sus días en el cadalso, como reos de delitos graves.<sup>7</sup>

2 Véase GUZMÁN DALBORA 2006: 3 ss. Se trata de las cuestiones de más hondo calado, a saber, si la de muerte constituye en verdad una «pena» y, supuesto que lo fuere, su relación con la organización política de la comunidad, el fundamento del *ius puniendi* y el fin de las punitones en general.

3 Barbero Santos 1985: 23.

4 «Ningún cambio de régimen, ninguna presión política puede liberar a los muertos». HENTIG 1968: 126.

5 La negación de la ejemplaridad de la pena de muerte —observa CARRARA 1993: 439— «no es un pensamiento moderno. Han llegado a nosotros las memorables palabras de Ovidio Cassio, *Maius exemplum esse viventis miserabiliter criminosis, quam occisi*» (una vida miserable es mayor ejemplo para los criminales que la muerte).

6 En Alemania, por ejemplo, los niños de escuela asistían entonando himnos religiosos. RADBRUCH 1950: 162.

7 HENTIG 1968: 132. MAGGIORE 1954: 280, por su parte, comenta: «¿Quién debería espantarse de la muerte más que el que la dispensa habitualmente?».

La curva de delitos capitales alcanzó cotas elevadas en tanto gobernó el régimen nacionalsocialista en Alemania, que había acordado a la pena en cuestión un empleo manirroto. La criminología histórica desmiente la fe popular en la intimidación también por el hecho de que a menudo la memoria de los ajusticiados es premiada con la admiración, cuando no una franca glorificación. Pocos ejemplos—los juicios contra Jesucristo, Sócrates, la Doncella de Orleans, Juan Huss; el de los anarquistas Sacco y Vanzetti, o el seguido contra los cónyuges Rosenberg por espionaje atómico, en el siglo XX— bastan para demostrar cuán breve es el camino del túmulo al monumento, «del despreciable pecador al gran patriota».<sup>8</sup> En la época contemporánea militan contra el resultado ejemplar otros factores, debidos a lo irremisible de esta pena, en especial la red de cautelas procesales que rodea los juicios correspondientes, con lo que la severa advertencia que persigue la ley llega demasiado tarde, «y en su descrédito y daño el suplicio parece una atrocidad sin objeto»,<sup>9</sup> y la frecuente concesión del indulto a los condenados. Tampoco la selectividad discriminante con que opera entre clases sociales y otros grupos humanos contribuye al efecto preventivo—general.<sup>10</sup>

A la enseñanza de la historia sirven de complemento consideraciones psicológicas y estadísticas. Sobre las formas calificadas de homicidio y ciertos crímenes políticos, a que las legislaciones retencionistas suelen destinar la conminación capital, esta no surte efectos decisivos. Es más, toda la doctrina de la prevención general por intimidación refleja una psicología equivocada.<sup>11</sup> El delincuente no carga en sus faltriqueras un ejemplar del Código penal el día en que comete la fechoría, ni sabe con qué pena el Estado reprueba su delito. Cuenta más bien con la posibilidad de no ser descubierto y de eludir la acción penal. De modo que solo la prontitud de una persecución eficaz y la certidumbre del castigo procuran hasta cierto punto el contraimpulso que se apetece. Esto debiera valer igualmente para la criminalidad capital,<sup>12</sup> y, no obstante, ella está regida por leyes que se substraen a la psicología de los delitos de todos los días. «La conminación o falta de

---

8 HENTIG 1968: 137. MAYER 1997: 438, recuerda que ante la iglesia del Sagrado Corazón, en la cima del Montmartre, los ciudadanos de París erigieron en 1906 una estatua al caballero La Barre, quien murió en la hoguera durante el siglo XVIII por no haber saludado una procesión religiosa. «La muerte por el fuego pareció a sus contemporáneos una retribución justa; sus sucesores erigieron un monumento para enaltecerle».

9 ELLERO 1907: 92.

10 Cuando en 1972 la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica declaró inconstitucional la pena de muerte, el argumento del magistrado más antiguo del alto tribunal, el juez Douglas, fue que como ella se aplica de preferencia entre los negros y las personas desvalidas, debía considerarse contraria al principio de igualdad ante la ley. Cf. ZAFFARONI 1988: 101.

11 LIEPMANN 1912: 27.

12 Cf. LIEPMANN, 1912: 27 s; BOCKELMANN 1962: 145; ENGISCH, 1968: 300, entre otros.

conminación de la pena de muerte es irrelevante para la criminalidad de sangre, o cuando menos no está probado ni es demostrable que la pena de muerte influya favorablemente en la curva del asesinato». <sup>13</sup> Magnicidas y otros autores por convicción la consideran como un costo calculado de sus empresas, un costo que puede transformarse en beneficio —el martirologio— para la causa que los mueve. Parte de los asesinos comunes no temen su propia muerte, se suicidan después de matar o bien buscan el delito capital como medio de ser ejecutados más tarde; otra parte actúa bajo el influjo de perturbaciones psicopáticas, o acicateada por pasiones de tal magnitud que la circunstancia homicida estimula la explosión de una tragedia interna, como una situación sin salida gobernada por el principio de que «no podía ser de otra manera». <sup>14</sup> Esta dinámica psíquica se resiste a ser sujeta a los módulos de las estadísticas. Todos los intentos de demostrar cuantitativamente el mérito preventivo de la pena de muerte han ido al garete. Antes bien, diversos estudios, como los de Sutherland y Thorsten Sellin en los Estados Unidos, Nishikawa en Japón, Serrano Gómez en España y los datos recopilados entre 1949-1953 por la *Royal Commission on capital punishment* en el Reino Unido, concluyen que no hay prueba de que la supresión de la pena de muerte produzca un aumento de los homicidios ni de que implantarla los disminuya, o sea que no puede establecerse ninguna correlación entre esta pena y la marcha de los delitos, lo que desvanece definitivamente el pretendido efecto de intimidación. <sup>15</sup>

A estos datos, el antiabolicionismo se limita a responder que solo cubren los casos en que el valor intimidante fue ineficaz, pero no permiten conocer aquellos, cuyo número debiera ser muy superior a juicio de los detractores, en que el temor del suplicio sirvió como freno de voluntades mal inclinadas. La réplica, empero, confirma el proceder por aproximaciones y suposiciones arbitrarias del pensamiento patibulario, al que Camus rebatió por lo inadmisibles que resulta justificar el mayor de los castigos, el que significa la desgracia última para el condenado, con una posibilidad que no puede demostrarse; «la incertidumbre más amplia autoriza así la certidumbre más implacable». <sup>16</sup> En cambio, sí está demostrado que la previsión del castigo capital no previene los linchamientos, esa forma de justicia popular que sus partidarios suponen como consecuencia obligada del hecho de suprimirlo. Liepmann, basado en estadísticas norteamericanas, hizo ver a principios del siglo XX que no eran precisamente los Estados abolicionistas dentro de la Confederación, sino aquellos donde había pena de muerte, donde se registraron

---

13 MAURACH 1960: 36.

14 Cf. BARBERO SANTOS 1985: 23 s.; LIEPMANN 1912: 32 ss.; ENGISCH 1968: 300 s.

15 Véase, por todos, SERRANO GÓMEZ 1982: 609 ss.

16 CAMUS 1960: 130 ss.

cifras considerables de la «ley de Lynch», comentando, con razón, que son más bien la corrupción de policías, jueces y jurados, las condiciones inadecuadas de los lugares de detención de los sospechosos —con el consiguiente riesgo de evasión— y la lentitud premiosa de los procedimientos lo que sirve de estímulo a la sed de venganza.<sup>17</sup> Que el ajusticiamiento por el pueblo sea compatible con y hasta solicite la justicia capital, en el marco de unos mismos instintos groseros, forma parte del efecto corruptor de la pena de muerte, según veremos dentro de poco.

## **II. MEDIO IRREEMPLAZABLE CON QUÉ RESPONDER A UNA NECESIDAD DE SEGURIDAD COLECTIVA**

El argumento de la seguridad colectiva, a la cual el máximo suplicio respondería como una exigencia irremplazable, descansa a su vez en consideraciones preventivo-especiales. Consiste en precaver la repetición de delitos atroces por individuos peligrosos e irrecuperables, mediante su eliminación.

«Era normal que este argumento utilitario —que se sostiene, generalmente, que tiene su base en Santo Tomás— fuera acogido por los positivistas —no todos—, que vieron en él un medio de selección de la humanidad, representado por la eliminación del cuerpo social de los criminales natos o instintivos, que se estimaba no susceptibles de reforma».<sup>18</sup> Prescindiendo de que atribuir a la pena capital la función de una selección biológica equivale a degradar al hombre en la escala de los vertebrados y castigarle por un delito que aún no ha cometido ni se sabe si perpetrará, contra estas pretensiones se yergue de antiguo la objeción de que la sociedad dispone de otros medios sancionatorios contra la criminalidad más grave, y puede con ellos defenderse de esta sin verse obligada a imitarla. La privación perpetua o muy prolongada de la libertad, que preconizaron como substitutivo Voltaire y Beccaria, muestra, en efecto, que los condenados suelen

---

17 LIEPMANN 1912: 15. El reciente rebrote de linchamientos en algunos países hispanoamericanos, corrobora la apreciación de que en el descrédito —a menudo alimentado y manipulado con ademanes tendenciosos por ciertos grupos del espectro social— de la Administración de Justicia y la desconfianza en sus actuaciones, yace la verdadera raíz de un fenómeno que debiera inquietarnos sobremedida. «Los excesos no evitados por un poder estatal, posiblemente débil o inseguro, hay que cortarlos estabilizando los órganos de tutela jurídica, no cediendo y dejando hacer». HENTIG 1968: 126.

18 BARBERO SANTOS 1985: 20. Todos los positivistas contemplaron la pena de muerte como un medio de selección artificial de la especie, pero se dividen a la hora de recomendar su aplicación. Mientras Lombroso y Ferri opinaron que usarla en tal carácter supondría tener el valor de producir verdaderas hecatombes humanas, Tarde y, sobre todo, GAROFALO 1933: 483, ni por un momento titubean en su postura patibularia. «Es preciso que estos enemigos irreconciliables del género humano sean eliminados de la sociedad».

observar buena conducta durante el encierro y que el riesgo de que reincidan durante el período de liberación condicional es bajo,<sup>19</sup> mientras que el condenado a muerte, que ya no tiene nada que perder, puede cometer homicidios, asesinatos, etc., dentro o fuera de la prisión.<sup>20</sup> No es ironía alguna que la cárcel puede ser tanto o más segura que la tumba.

El problema va más bien por otro lado. Reside en si una pena privativa de la libertad de larga duración, o derechamente perpetua, que es el subrogado de que se sirven en general las legislaciones abolicionistas, puede superar el juicio de legitimidad planteado a cualesquiera penas. La sombra ponzoñosa del castigo capital se deja sentir incluso cuando este falta, ya que la propia pregunta de con qué reemplazarlo es absurda, del mismo modo que «a nadie se le ocurrió pensar, entre los hombres de hace dos siglos, en «aquello» que debía sustituir a la esclavitud».<sup>21</sup> Si la pena de muerte es contraria a la dignidad humana, aún más monstruoso resulta mantener a un individuo enjaulado de por vida hasta que el infeliz, perdida toda esperanza, muera enloquecido. Como no se trata de reemplazar un castigo irracional por otro de análogo jaez, ha de procurarse que en estos casos la reclusión no sobrepase el momento en que comienza el deterioro mental del recluso, plazo que penitenciaristas y psiquiatras fijan entre 12 y 15 años.<sup>22</sup> Pero la extensión de tales puniciones no es materia que corresponda abordar en estas líneas.

### **III. LOS PARTIDARIOS DE LA PENA CAPITAL AFIRMAN QUE ELLA RESPONDE A LA CONVICCIÓN DE LA MAYORÍA DEL PUEBLO**

Es el argumento que Stratenwerth denomina «democrático».<sup>23</sup> Supone que solo la pena de muerte podría satisfacer el afán de venganza de la comunidad ante el espectáculo de los crímenes más graves.

Sobre esto apremia advertir el variado panorama y las grandes divisiones que exhibe la opinión pública a propósito de la regulación legal de cualquier tema de elevada significación. Así se explica que en los países donde subsiste haya fuertes movimientos que procuran abolirla, y que en aquellos donde ha sido derogada se levanten ocasionalmente voces furibundas pidiendo su reintroducción.<sup>24</sup> Esto aparte, estudios empíricos ponen de relieve la volubilidad de los criterios reinantes en el

19 Cf. STRATENWERTH 1978: 44 ss.

20 Para este mentís del pretendido efecto de prevención especial de la pena de muerte, véanse los estudios que registra SERRANO MAÍLLO 2003: 244 s.

21 Jiménez de Asúa 1966: 182.

22 Cf. DREHER 1958: 563-564, y BARBERO SANTOS 1972a: 169.

23 STRATENWERTH 1978: 40.

24 MAURACH 1960: 32.

pueblo: que se clame por la pena de muerte mucho depende de las circunstancias de comisión del delito, la forma en que la prensa de baja estofa excite con lujo de detalles y miras sensacionalistas los impulsos más rudimentarios del vulgo y, sobre todo, del tiempo que media entre la perpetración de la fechoría y la ejecución del autor, no siendo raro que, al sonar la hora del verdugo, los mismos que antes se desgañitaron exigiendo el cadalso soliciten a las autoridades clemencia para el condenado.<sup>25</sup> Asimismo, hay que tomar con supina reserva la propia noción de «opinión pública», que no debe ser confundida con lo que corre a raudales en la literatura folletinesca —con el pingüe negocio que hace de los delitos y procesos capitales—, los inseguros resultados de encuestas y sondeos entre las gentes y el grado asaz pobre de información del profano acerca del tema, sobre el cual haría mejor en guardar prudente silencio.<sup>26</sup>

Como la inconstante *vox populi* es en gran parte producto de emociones y pasiones difícilmente controlables, se comprenderá que los legisladores no deban seguirla por ningún motivo. En las democracias contemporáneas el legislador es elegido para que obre racionalmente y fomente el progreso cultural, no para ejecutar aquello que brota de los oscuros meandros del mundo afectivo y los arrebatos de las masas.<sup>27</sup> Tal misión pedagógica —reconocimiento y estímulo, como Derecho, de los productos de la cultura, no del instinto ciego o de las opiniones infundadas del hombre de la calle— ha sido el signo constante en todos los grandes progresos del derecho penal: la supresión de las penas corporales, la liquidación de los procesos contra brujas y animales, la prohibición de la tortura, etcétera, fueron conquistas obtenidas a contramano de las «convicciones» generales de la población.<sup>28</sup> Y su efecto benéfico se percibe más temprano que tarde, pues la diferenciación de

---

25 ELLERO 1907: 92, «Casi siempre se levanta el patíbulo, cuando está ya olvidado el delito; por lo que resulta inútil el severo ejemplo que la ley se propone y en su descrédito y daño, el suplicio parece una atrocidad sin objeto». Es la secuencia normal del apaciguamiento del impulso vindicativo, cuando cede a las demandas de la razón.

26 CÁNEPA, 1987: 354. Para las fluctuaciones de la opinión pública su manipulación por la prensa sensacionalista, véanse BOCKELMANN 1968 59 s., DREHER 1958: 549, STRATENWERTH 1978: 40 s.

27 «Este mundo afectivo tiene que someterse a una paulatina transformación pedagógica, lo mismo que se ha conseguido domesticar la venganza de la sangre y el autoauxilio ilimitado». HENTIG 1968: 181.

28 KAUFMANN 1962: 1003. Escribe de su parte ARROYO ZAPATERO 1982: 19, que «si es una ley histórica constatable la de que, en general, el progreso de la legislación se produce como consecuencia de la presión ejercida por la mayoría de los ciudadanos, el particular área de la justicia penal que nos ocupa, el de la abolición de la pena de muerte, es una excepción a esa regla, su consecución habrá de pasar [...] por encima de la opinión pública». Así ha ocurrido casi en todos los Estados abolicionistas.

la cultura y el perfeccionamiento del sentido de lo humano llevan a la comunidad a no experimentar más la necesidad de la pena de muerte.<sup>29</sup>

#### IV. EL VALOR DE LA OPINIÓN PÚBLICA; EL CARÁCTER IRREVOCABLE E IRREPARABLE DE ESTA PENA

Su carácter irrevocable e irreparable está íntimamente ligado a la posibilidad del error judicial, un argumento que arrojaron a la polémica Voltaire y Robespierre.<sup>30</sup>

Por la marcada preferencia que le concede el abolicionismo, para muchos de cuyos representantes está dotado de un peso decisivo,<sup>31</sup> hay quien piensa que sería propio y exclusivo de estos. Sin embargo, frente a la idea de que el error judicial tiene consecuencias irreparables cuando se trata del sumo castigo, quienes lo defienden replican que toda pena deja una huella indeleble en quien debe sufrirla y que la manera de evitar que se haga subir al cadalso a inocentes consiste en dejar reservado su empleo a casos de absoluta certeza probatoria. Incluso Jiménez de Asúa, con su conocida aversión al patíbulo, observó que yerro alguno es posible de reparar en el orden penal, y que quienes propugnan el reemplazo de la máxima punición por penas privativas de la libertad apoyados en el argumento de la irreparabilidad, «solo quieren tranquilizar su conciencia de clase dominante», pues al que fue mandado a la cárcel por error no se puede devolver los años perdidos, la integridad de su familia ni borrar otros perjuicios anejos al encierro: «el tiempo no es reversible».<sup>32</sup>

Pero la observación según la cual todas las penas entrañan consecuencias sin remedio y un daño tan complejo que ninguna reparación posterior podría cancelar,

29 «El sentimiento de repugnancia hacia la pena de muerte aumenta con la civilización». CARNEVALE 1890: 257.

Tras la carnicería ocurrida en Madrid el 11 de marzo de 2004, no se oyó a nadie reclamando la cabeza de los asesinos. Incluso en Chile, país en que domina un periodismo iletrado y vocinglero, cada vez que se pregunta a los parientes de las víctimas de algún delito atroz, a pocas horas de haber sucedido, qué querrían que el Estado haga con el victimario, la respuesta no es «¡que lo maten!», pues se sabe que la muerte dejó de ser pena común, sino «¡que lo sequen en la cárcel!». Acabar también con esta última respuesta brutal es tarea pendiente para el legislador venidero, que debe suprimir el presidio perpetuo.

30 VOLTAIRE lo desarrolló a propósito de los casos de Calas y La Barre; ROBESPIERRE en su *Discours sur la peine de mort* de 31 de mayo de 1791. Cf. CATTANEO 1983: 129. El argumento no había sido tratado por Beccaria.

31 Así, por ejemplo, ROSSI s/f: 467, califica su irreparabilidad como el *vizio capitale* de esta pena; ELLERO 1907: 154, dice: «la irrevocabilidad e irreparabilidad de la pena de muerte serían suficientes a condenarla para siempre»; HENTIG 1968: 181, habla de la «objección más grave» en su contra. Parecidamente se expresan numerosos autores.

32 JIMÉNEZ DE ASÚA 1966: 179-180.

siendo exacta, no desdice que la única pena irreparable en términos absolutos es, precisamente, aquella que destruye al sujeto de la posible aunque imperfecta compensación. Esto aparte, la realidad de los errores tribunalicios en los procesos capitales es un hecho acreditado, que se repite a lo largo de la historia y llega hasta nuestros días.<sup>33</sup> Las acrecentadas exigencias de prueba no sirven como escudo bastante, tanto porque es sencillamente inadmisibles reclamar un grado de convicción mayor en ciertos juicios respecto de los demás so pretexto de que las condenas en unos son más graves que en otros,<sup>34</sup> cuanto porque son justamente las pruebas más evidentes y las certezas más rigurosas las que se prestan a encubrir las peores equivocaciones.<sup>35</sup> Por lo demás, «hoy sabemos que son más fáciles las equivocaciones en los crímenes más graves, no solo por la cautela con que el asesino prepara el hecho para no ser descubierto, sino también por la alarma de la opinión pública y un estado de sugestión que de ella surge, presionando sobre testigos y jueces, mientras que la importancia del crimen difícilmente tolera la impunidad».<sup>36</sup> Y, en fin, hay que tener presente que el error judicial abarca todo un espectro de posibilidades, desde el error absoluto, o sea, la condena del inocente,<sup>37</sup> hasta errores relativos, pero igualmente funestos y de más ordinaria ocurrencia, como la deficiente calificación del delito o de la participación de los acusados, la estimación incorrecta de circunstancias agravantes, la desatención de eximentes, atenuantes, etcétera.

## **V. LAS SECUELAS ECONÓMICAS, MORALES Y POLÍTICAS DE SU SUBSISTENCIA**

Restan las secuelas económicas, morales y políticas del castigo capital. En cualquiera de estos aspectos sale mal parado.

---

33 Desde el suplicio de Cristo, pasando por los juicios contra Galileo, Savonarola, Giordano Bruno, los pretendidos responsables de las unciones pestíferas descritas por Manzoni en su *Storia de la colonna infame*, etc., hasta casos de nuestro tiempo, como el de Thimoty Evans, al que se ejecutó bajo la acusación injusta de parricidio y cuya muerte en 1950 sirvió como palanca al movimiento que consiguió abolir la pena de muerte en Inglaterra diecinueve años después.

34 «La certeza es una, no tiene grados, no puede ser ni mayor, ni menor. O estamos ciertos o no lo estamos». ELLERO 1907: 158.

35 Lo que vale especialmente respecto de la confesión —el menos confiable de todos los medios de persuadir—, la prueba testifical y la perfidia de los indicios. Véanse HENTIG 1968: 154 ss., y ROSSI 1978: 227 ss.

36 ONECA 1986: 519.

37 Que en Alemania llaman asesinato judicial (*Justizmord*), aunque con impropiedad, pues el error del juez impide apreciar los requisitos del asesinato, sobre todo, la premeditación. Cf. KELLER 1968: 143 ss.

La alegación de que resulta más barato que una prolongada privación de la libertad, tal vez convenga a una sociedad de termitas, mas no a la organización de una comunidad bajo el signo del Estado de Derecho, respetuoso de la dignidad humana.<sup>38</sup> En la imposición de las penas no puede ser determinante un mero factor de economía, ya que si esta clase de consideraciones hubiesen de llevar la delantera, lo lógico sería ahorrar a expensas del preso y mantenerle en condiciones infrahumanas, o proceder sumariamente y sin juicio previo contra todos los individuos considerados peligrosos o una carga social, como en la operación denominada de «eutanasia», que en tiempos de Hitler permitió aniquilar a miles de minusválidos físicos o mentales.<sup>39</sup>

No menos delicadas son las consecuencias morales. La existencia de la pena de muerte produce un efecto corruptor o de embrutecimiento, que deprime la moralidad pública, degrada las costumbres y enerva la autoridad del ordenamiento jurídico. Primero, porque torna necesario el sayón, es decir, una persona que hace oficio remunerado de matar a sus semejantes. «Lo dramático del oficio del verdugo es la falta de emoción ante el cumplimiento de su tarea, el que pueda habituarse un hombre al hecho de privar de la vida a otro hombre».<sup>40</sup> Se comprende que la estampa del verdugo haya estado marcada en la historia con un baldón de deshonor y el correspondiente rechazo de las gentes,<sup>41</sup> y que el carácter contradictorio, repulsivo, de su función persista en modernas formas de ejercerla, como el fusilamiento y la inyección letal.<sup>42</sup> Luego, porque convierte en cómplices de este homicidio legalizado a todos los que intervienen en el proceso: jueces, fiscales e incluso abogados defensores, gravando sus conciencias y enajenándoles el favor de la comunidad. Enseguida, por la ceremonia de cumplimiento. Las ejecuciones públicas, que

---

38 MAURACH 1960: 30 s.

39 «En tanto en cuanto nosotros declaramos la vida, con independencia de su precio, inatacable, tabú, fortificamos las débiles inhibiciones que detienen a las masas, protegemos con la de los enfermos, los ancianos y los que «carecen de valor», la propia vida, que en otro caso podría fácilmente ser declarada sin valor por cualquier tirano». HENTIG 1968: 125.

40 Barbero Santos 1964: 37.

41 La tragedia del oficio de verdugo está determinada por razones religiosas. En los primitivos tiempos germánicos la pena de muerte, que tenía un signo sacro, de sacrificio humano, era ejecutada por sacerdotes. El tabú del sacerdote continuó en la forma de la infamia asociada al verdugo. Cuando aparece la figura del verdugo profesional, hacia el siglo XIII, luego prolongada en verdaderas dinastías, la Iglesia acompañó el proceso declarando «irregulares» al verdugo y al juez que pronunciaba una sentencia capital. RADBRUCH 1950: 141 s.

42 El fusilamiento elimina el verdugo profesional, pero supone la participación de varios hombres, cuya conciencia se procura tranquilizar con el subterfugio de cargar una de las armas del pelotón solo con pólvora. La inyección letal, que por su parte requiere la asistencia de personal sanitario, engendra un serio reparo a la práctica recta de la medicina. Cf. KELLER 1968: 252.

dominaron la escena hasta mediados del siglo XIX y aún después,<sup>43</sup> hicieron escuela de depravación, excitando los más sórdidos impulsos de las masas; pero tampoco la ejecución *intra muros* pasa exenta de reparos éticos y, antes bien, pone en nuevo entredicho la legitimidad de este castigo: «en efecto, hay que matar públicamente o confesar que uno no se siente autorizado a matar».<sup>44</sup> Además, porque en ninguna de las variantes de irrogarla, ni siquiera las más profilácticas y «humanitarias», la capital pierde su esencia de refinada crueldad, prestándose a veces a sucios manejos.<sup>45</sup> En fin, porque su mera existencia, con el mal ejemplo estatal, hostiliza y endurece los ánimos, privilegia la resolución violenta de las asperezas sociales y, por lo mismo, es o puede ser fuente de los mismos delitos que el legislador quiso precaver con ella.<sup>46</sup>

Si a todo lo anterior añadimos, como secuela política, que la pena de muerte, allí donde exista o pretenda reintroducírsele, representa una permanente amenaza desestabilizadora del orden público, por el género de discusiones que suscita y las encontradas actitudes que constriñe a adoptar, habrá que concluir en su definitiva inconveniencia y la necesidad imperiosa de desterrarla de una vez por todas de la faz de la tierra.<sup>47</sup>

---

43 En Francia, la guillotina cayó por última vez ante los ojos del pueblo recién en 1939. El *Code* de 1810 ordenaba ejecutarla en una plaza pública. La reforma del ministro Marcheandeu, que aprovechó una autorización para legislar mediante decretos-leyes, fue seguida de una acertada prohibición a la prensa de informar acerca de los pormenores de la ejecución.

44 CAMUS 1960: 125.

45 Por ejemplo, se sabe que a la introducción de la silla eléctrica, utilizada por primera vez en Nueva York, durante 1889, no fueron ajenos los intereses de una empresa de electricidad para dar salida a sus productos.

46 Véase SERRANO MAÍLLO 2003: 245-246. Nadie mejor que León Tolstoi, (2000), en su célebre alegato *No puedo callarme*, que aquí se cita en la versión castellana de Ricardo Baeza, ha descrito con tanta fuerza el efecto corruptor: «Lo más tremendo del asunto es que toda esa violencia inhumana y todas esas matanzas, además del daño que infieren directamente a las víctimas y a sus familias, infligen un daño todavía mucho mayor al pueblo entero, haciendo cundir la depravación [...] entre todas las clases de la sociedad [...]. Esta depravación cunde con especial rapidez entre la humilde clase trabajadora, pues todas estas iniquidades cien veces mayores que cuanto hayan podido hacer ladrones, bandidos y revolucionarios juntos, son perpetradas como si fuesen necesarias, justas e inevitables; y no solamente son excusadas, sino hasta aprobadas y enaltecidas por diversas instituciones inseparablemente relacionadas en el espíritu de la masa con la justicia, y hasta con la santidad».

47 STRATENWERTH 1978: 52 ss., vincula la pena de muerte al terrorismo. Puesto que su presencia sería un medio seguro de reducir todavía más las dificultades de los terroristas para reclutar nuevos adeptos o de ensanchar el círculo de sus simpatizantes. Contribuiría a arrojar a los jóvenes ciudadanos, sensibles y críticos, que en la capital verían un obstáculo insuperable para identificarse con el orden jurídico, a los brazos del extremismo. También por ello escribe CAMUS 1960: 164 que «no habrá paz durable, ni en el corazón de los individuos ni en las costumbres, hasta que la muerte no sea excluida de la ley».

## PENA DE MUERTE Y MAGISTERIO CATÓLICO

PEDRO MONTANO GÓMEZ

**Sumario:** **I.** Análisis del Catecismo. **II.** Debe demostrarse plenamente la identidad y la responsabilidad del culpable. **III.** Único camino posible para defender eficazmente del agresor injusto a las vidas humanas. La pena de muerte no tiene eficacia preventiva general. **IV.** La legítima defensa. **V.** La pena debe servir para neutralizar al sujeto peligroso dándole posibilidad de arrepentimiento. La prevención especial. **VI.** La pena de muerte es de *ratio ultima*. **VII.** La pena debe dar posibilidad de redención al delincuente. **VIII.** La Encíclica *Evangelium Vitae*, el Evangelio de la Vida.

Uno de los argumentos utilizados en la exposición de motivos de los proyectos de ley para legitimar el recurso a la reimplantación de la pena de muerte en el Perú, es la opinión de la Iglesia Católica.<sup>1</sup>

---

1 En el mes de setiembre de 2006 se presentaron ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República de Perú, 3 Proyectos de Reforma Constitucional para modificar el artículo 140 de la Carta Magna. Se propone implantar la pena de muerte por el incremento considerable de las violaciones de menores de edad con resultado muerte, porque la cadena perpetua ha demostrado ser insuficiente para su prevención.

Sin embargo, tal invocación no parece correcta cuando se lee el punto 2267 del Catecismo de la Iglesia Católica,<sup>2</sup> que dice:

La enseñanza tradicional de la Iglesia no excluye, supuesta la plena comprobación de la identidad y de la responsabilidad del culpable, el recurso a la pena de muerte, si esta fuera el único camino posible para defender eficazmente del agresor injusto las vidas humanas.

Pero si los medios incruentos bastan para proteger y defender del agresor la seguridad de las personas, la autoridad se limitará a esos medios, porque ellos corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana.

Hoy, en efecto, como consecuencia de las posibilidades que tiene el Estado para reprimir eficazmente el crimen, haciendo inofensivo a aquel que lo ha cometido sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse, los casos en los que sea absolutamente necesario suprimir al reo suceden muy rara vez, si es que ya en realidad se dan algunos (*Evangelium vitae*, 56).

## I. ANÁLISIS DEL CATECISMO

Pasaremos a analizar pormenorizadamente este artículo.

En efecto, ha sido tradicional en el pensamiento eclesiástico no excluir la pena de muerte del arsenal de penas posibles.<sup>3</sup> La referencia a la enseñanza *tradicional* de la Iglesia parece no querer apartarse de ella, pero debe ser interpretada en sus justos términos:

## II. DEBE DEMOSTRARSE PLENAMENTE LA IDENTIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL CULPABLE

Véase que según el texto transcrito: «comprobación / plena de / la identidad y / la responsabilidad / del culpable», la expresión «comprobación», es un supuesto del cual se parte y que —llevada al ámbito jurídico— nos remite a la prueba.

El adjetivo «plena» obliga a un esfuerzo probatorio extremo que lleve a certeza del 100% en ambos campos indicados: identidad y responsabilidad del sujeto culpable.

Con respecto a la primera exigencia, la identidad, es de destacar que hoy en día la prueba del ADN ha permitido exonerar de la pena de muerte a varias personas.

---

2 Promulgado por el Papa Juan Pablo II en 1992, con las aclaraciones incluidas en la edición de 1997.

3 Aunque también Santo Tomás considera la prisión perpetua o el exilio como castigos posibles del homicidio. Cf. AHUMADA DURÁN 2000: 127 a 154.

Es un instrumento probatorio de reciente incorporación por tratarse de un descubrimiento reciente en relación a la historia del derecho penal.

Es cierto que hay que juzgar con los elementos y herramientas que se tienen en el momento, pero también es cierto que es posible pensar que en un futuro, también como consecuencia del desarrollo tecnológico, otras herramientas nos permitirán también descartar identidades y por lo tanto, descartar autorías.

El razonamiento inverso nos lleva a preguntarnos qué hubiera sido de todos los que murieron condenados a muerte. Es muy posible que muchos de ellos se hubieran salvado. Actualmente, se afirma que —por año— la prueba del ADN salva a una persona de la condena a muerte.

El sujeto, además, debe ser *culpable*. Esta referencia no solo alcanza al debido proceso valorada en su conjunto con las expresiones precedentes (deber de probar plenamente...) sino que debe resultar de una equivalencia entre la culpabilidad y la pena de muerte. La culpabilidad debe ser tal que merezca la condena a muerte.<sup>4</sup>

### **III. ÚNICO CAMINO POSIBLE PARA DEFENDER EFICAZMENTE DEL AGRESOR INJUSTO A LAS VIDAS HUMANAS. LA PENA DE MUERTE NO TIENE EFICACIA PREVENTIVA GENERAL**

«Debe ser / único camino posible / para defender / eficazmente / del agresor injusto / las vidas humanas».

Su aplicación es de estricta excepcionalidad porque debe ser el *único* camino posible. El último párrafo del artículo que comentamos agrega además la expresión *absolutamente*: «casos en los que sea absolutamente necesario suprimir al reo», dice.

Existe una obligación moral de poner en práctica todos los otros tipos de penas hasta descartarse su falta de idoneidad.

Debe ser una medida de *defensa* por lo que debe existir un estado de peligro—actual o inminente— que la justifique.

Y debe ser una medida *eficaz* —realmente eficaz— para evitar más muertes inocentes. O sea que quien la aplique debe estar en condiciones de dar plenas

---

<sup>4</sup> JESCHECK 2002: 945, refiere a criterios de medición de la culpabilidad para ser merecedora de determinada magnitud y calidad de pena: «la pena es un mal que logra una justicia compensatoria frente al autor; esta función solo puede conseguirla si se corresponde con la «culpabilidad», esto es, con el *quantum* del injusto realizado imputable al autor».... «un sistema en el que las penas se calcularan injustamente (con la finalidad, por ejemplo de intimidar de modo especialmente intenso) contradiría tanto las expectativas de la comunidad jurídica que no sería apto para una estabilización del orden social a *largo plazo*».

garantías de que no se van a producir más muertes si —en el caso de que se trate— se utiliza la pena de muerte.

La protección eficaz debe ser contra el *agresor injusto*. Este debe ser el agresor injusto *en acto* —el que ya delinquiró—<sup>5</sup> y no aquel agresor injusto *en potencia*, latente, a través de un efecto disuasivo, intimidatorio. *El pensamiento católico —a mi juicio— descarta la aplicación de la pena de muerte como mecanismo de prevención general.*<sup>6</sup>

En realidad, «lo que constituye una razón para no cometer el delito, más aún, la principal razón, no es tanto la severidad de la pena como la certeza de ser castigados de alguna manera».<sup>7</sup>

La agresión que se pretende impedir debe ser al bien jurídico *vida humana*, y ningún otro considerado inferior.

La referencia al bien jurídico protegido (vidas humanas de las víctimas) refiere a una directa proporción con el bien jurídico afectado en la pena de muerte (la vida del culpable).<sup>8</sup> Por lo tanto, *no es admisible para este pensamiento, la aplicación de la pena de muerte para evitar delitos que no supongan poner en peligro vidas humanas.*

#### IV. LA LEGÍTIMA DEFENSA

El agresor justo, puede ser quien actúe en legítima defensa. Este argumento ha sido también manejado como una causa de justificación de la pena de muerte, como mecanismo de defensa social.

5 Si estuviera delinquiriendo en el momento, la defensa podría quedar justificada por la legítima defensa.

6 Hace ya más de treinta años que esto se sabe. «La pena de muerte para nada influye en la prevención general. Unos pocos ejemplos entre los numerosísimos. Los delitos de violación disminuyeron en Canadá a raíz de la supresión de la pena de muerte prevista para tales hechos; en Inglaterra no aumentó la comisión de aquellos delitos que, en 1957, dejaron de ser castigados con la pena capital; lo mismo se observó en Yugoslavia a partir de 1950. Los resultados estadísticos de Alemania, Austria, Finlandia, Noruega y Suecia señalan, así mismo, el nulo influjo de la pena de muerte... porque es a un nivel distinto del racional donde tiene lugar la decisión a favor de la máxima pena». GIMBERNAT 1971: 32 ss. En el mismo sentido, JESCHECK H.H., 2002: 810, n. 2, donde sostiene que no desarrolla más intimidación que la pena de cadena perpetua.

7 BOBBIO, 2001.

8 La utilización del plural no hace a la cosa porque ontológicamente el valor de una sola persona ya alcanzaría. Ver argumentación que se hace en el ámbito del estado de necesidad cuando para defender la vida de un sujeto se afecta más de una vida. HURTADO POZO 2002: n.384. Desde el punto de vista teológico el argumento podría también consistir en que un alma sola ya vale toda la sangre de Cristo, Biblia: 1 Cor VI, 20.

Se podría objetar: el individuo tiene derecho a matar en legítima defensa, ¿y la colectividad no tiene ese derecho? Se contesta: la colectividad no tiene ese derecho porque la legítima defensa nace y se justifica solo como respuesta inmediata en estado de imposibilidad de obrar de otra manera; la respuesta de la colectividad está mediatizada a través de un procedimiento, a veces incluso prolongado, en el que se debaten argumentos en favor y en contra.

El Estado no puede ponerse al mismo nivel que el individuo aislado. El individuo aislado actúa por rabia, por pasión, por interés, por defensa. El Estado contesta de manera meditada, reflexivamente. Él también tiene el deber de defenderse. Pero es demasiado más fuerte que el individuo aislado como para necesitar eliminar su vida en defensa propia.<sup>9</sup>

## **V. LA PENA DEBE SERVIR PARA NEUTRALIZAR AL SUJETO PELIGROSO DÁNDOLE POSIBILIDAD DE ARREPENTIMIENTO. LA PREVENCIÓN ESPECIAL**

En efecto, como dice el último párrafo del artículo comentado la pena debe servir para «hacer inofensivo a aquel que lo ha cometido sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse». Reconoce aquí una finalidad de prevención especial.

Esta frase es muy ilustrativa porque confirma que la pena de muerte debe ser solo real *defensa de vidas humanas* contra el sujeto que delinquirió y sigue siendo peligroso.

No se refiere al *sujeto que podría delinquir* por seguir el ejemplo de quien delinquirió, o de quien no se siente atemorizado porque no hay pena de muerte. Además, como hace referencia a que ese sujeto debe «redimirse» debe interpretarse que se trata de un delito ya *cometido*.

Por otra parte, el último inciso también reafirma que se trata de casos de necesario impedimento *del peligro que supone el reo con vida* cuando dice que la pena de muerte solo se aplica «en los casos en los que sea *absolutamente* necesario suprimir al reo».

Queda excluida por lo tanto la pena de muerte en todo caso en que, a pesar de eliminarse al culpable, igualmente seguirían corriendo peligro las vidas humanas.

---

9 Biblia: 1 Cor VI, 20.

## VI. LA PENA DE MUERTE ES DE RATIO ULTIMA

Reafirma el Catecismo el carácter de subsidiariedad y de ultima ratio de la condena a muerte porque «hoy, en efecto, como consecuencia de las posibilidades que tiene el Estado para reprimir eficazmente el crimen, haciendo inofensivo a aquel que lo ha cometido sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse, los casos en los que sea absolutamente necesario suprimir al reo «suceden muy rara vez, si es que ya en realidad se dan algunos» (*Evangelium vitae*, 56).

Es cierto que el Estado tiene nuevos mecanismos de lucha contra el crimen, así como también es cierto que el crimen tiene nuevos mecanismos y más poderosos de actuación. Pero muchos de esos mecanismos del Estado se han mostrado francamente eficientes para controlar el crimen, sin necesidad de llegar a la pena de muerte.

Incluso es más, la pena privativa de libertad que fue un descubrimiento del siglo XVIII también se ha visto superada en eficacia y cantidad por otro tipo de penas con menor incidencia criminógena, como la pena de multa y otros mecanismos alternativos que pasan por la restricción de otro tipo de libertad (prohibición de acercarse a ciertos lugares, de practicar determinadas actividades o profesiones, arrestos domiciliarios, trabajos comunitarios) e incluso por la incorporación de tecnologías, como cámaras o brazaletes inteligentes. Por eso, el párrafo segundo del artículo que comentamos dice que si estos «*medios incruentos bastan para proteger y defender del agresor la seguridad de las personas, la autoridad se limitará a esos medios, porque ellos corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana*». Quiere decir que existe una verdadera prohibición hacia la autoridad de utilizar la pena de muerte fuera de las situaciones de tan grande excepción.

El último párrafo a estudio es altamente revelador. Reafirma el carácter de *ultima ratio* de la pena de muerte porque hoy el Estado tiene posibilidades de reprimir eficazmente el crimen, «*haciendo inofensivo a aquel que lo ha cometido sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse*» por lo que, «*los casos en los que sea absolutamente necesario suprimir al reo «suceden muy rara vez, si es que ya en realidad se dan algunos»*» (*Evangelium vitae*, 56).

Queda claro que el terreno de aplicación de la pena de muerte es aquel donde no se pueda hacer inofensivo al delincuente de otra manera, y que la pena no debe impedirle la posibilidad de arrepentirse y cambiar.

Y la excepcionalidad de su aplicación está definitivamente sellada cuando dice que los casos en que se podría aplicar «suceden muy rara vez, si es que ya en realidad se dan algunos». Quiere decir que prácticamente la pena de muerte ya no tiene necesidad de aplicación.

## **VII. LA PENA DEBE DAR POSIBILIDAD DE REDENCIÓN AL DELINCUENTE**

El Catecismo establece que la pena debe tener, además, una eficacia redentora del delincuente. Esa redención no solo debe venir dada como consecuencia de la expiación —padecimiento— sino por el verdadero arrepentimiento que lleva a pedir perdón. Obviamente, la pena de muerte no permite el arrepentimiento *a posteriori*, como consecuencia de su aplicación porque el sujeto ya está muerto.

El Magisterio reconoce aquí una misión de la pena, que es superior a la mera defensa social por vía de supresión del culpable.

## **VIII. LA ENCÍCLICA EVANGELIUM VITAE, EL EVANGELIO DE LA VIDA**

La última expresión del punto que comentamos remite a la Encíclica *Evangelium Vitae*, del Papa Juan Pablo II, fechada el 25 de marzo de 1995, tres años después de promulgado el Catecismo.

Entiendo que este documento es de una extrema importancia porque su objeto principal es precisamente la defensa de la vida humana ante los distintos ataques que padece (n.3) y que han llevado al Papa a acuñar la expresión «cultura de la muerte» (n. 64) y porque llevó a que se introdujeran sus enseñanzas en el Catecismo de la Iglesia Católica, dos años después.<sup>10</sup>

Además, reconoce que hay «tanto en la Iglesia como en la sociedad civil, una tendencia progresiva a pedir una aplicación muy limitada e, incluso, su total abolición» (n.56 y n. 27, 3).<sup>11</sup>

Esa Encíclica comienza precisamente narrando el hermoso pasaje bíblico que relata el primer homicidio y la reacción de Dios, Juez supremo pero misericordioso. Refiere a la muerte de Abel causada por su hermano Caín (Gn. 4, 8).

En la etapa instructoria, el Señor dijo a Caín: «¿Dónde está tu hermano Abel?». Contestó: «No sé. ¿Soy yo acaso el guarda de mi hermano?». Replicó el Señor: «¿Qué has hecho? Se oye la sangre de tu hermano clamar a mí desde el suelo. Pues bien: maldito seas, lejos de este suelo que abrió su boca para recibir de tu mano la sangre de tu hermano. Aunque labres el suelo, no te dará más fruto. Vagabundo y errante serás en la tierra». Esta fue la sentencia de condena.

Sin embargo, a los ojos del delincuente esta era una pena que no guardaba proporción con el crimen cometido y que por ello lo matarían. Así se lo indicaba su conciencia. «Caín dijo al Señor: “Mi culpa es demasiado grande para soportar-

---

10 El Catecismo de la Iglesia Católica fue promulgado el 11 de octubre de 1992 por el Papa Juan Pablo II.

11 En el mismo sentido, JESCHECK 2002: 811, destacando la excepción que constituyen los Estados Unidos.

la. Es decir que hoy me echas de este suelo y he de esconderme de tu presencia, convertido en vagabundo errante por la tierra, y cualquiera que me encuentre me matará”.

Pero el Señor le respondió: “Al contrario, quienquiera que matare a Caín, lo pagará siete veces”. Y el Señor puso una señal a Caín para que nadie que lo encontrase lo atacara. Caín salió de la presencia del Señor, y se estableció en el país de Nod. Al oriente de Edén» (Gn 4, 2-16). Porque —en realidad— Dios no quiere la muerte del delincuente, sino que se convierta y viva.<sup>12</sup>

---

12 *Evangelium Vitae*, n. 34 y Biblia, Ez. 18, 21-28, con el comentario de San Atanasio.

## PENA DE MUERTE Y POLÍTICA CRIMINAL EN EL PERÚ

JOSÉ HURTADO POZO

*Levanten patibulos, enciendan hogueras, arrastren al culpable a las plazas públicas, llamen al pueblo a grandes voces... Imbuido de esas terribles imágenes y de esas ideas saludables, cada ciudadano regresará a difundirlas en su familia, y allí, mediante largas narraciones hechas con tanto calor como ávidamente escuchadas, sus hijos, a su alrededor, abrirán su tierna memoria para recibir, en rasgos inalterables, la idea del crimen y del castigo, el amor a las leyes y a la patria, el respeto y la confianza en la magistratura.*

JOSEPH MICHEL ANTOINE DE SERVAN 1819, 1, p. 13.

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Sistema, penal de la Colonia. **III.** Origen del sistema punitivo moderno. **IV.** Inicios de la República. **V.** Período de 1850-1870. **1.** Ramón Castilla: Constituciones de 1856 y 1860. **2.** Ley sobre homicidio calificado y Código penal de 1863. **3.** Constitución liberal de 1867. **VI.** Período de 1879-1930. **1.** Estatuto Provisorio de Piérola (1879) y Gobierno de García Calderón durante la ocupación chilena. **2.** El Oncenio y la Constitución de 1920. **VII.** Sánchez Cerro y la Constitución de 1933. **1.** El Estatuto Provisorio de Piérola y el Gobierno de García Calderón durante la

ocupación chilena. **2.** El Oncenio y la Constitución de 1920. **VIII.** Pena de muerte en el Código de 1924 y leyes que lo modifican. **1.** Tesis abolicionista del codificador. **2.** Repugnancia del país a la pena da muerte. **3.** La Defensa Social y la pena capital. **IX.** Constitución de 1979 y Política Criminal. **X.** Adenda.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La delincuencia y los comportamientos marginales de las personas en el curso de su evolución histórica no han sido debidamente estudiados. Lo mismo ha sucedido en relación con los medios de control y represión utilizados por el Estado frente a tales comportamientos. El estudio de uno de esos medios, conforme aparece hoy en día, tendrá éxito solo en la medida en que se le ubique correctamente en el contexto sociopolítico en que aparece y se consolida. En países como el nuestro, esta exigencia es, en particular, imperiosa. Estudiar el derecho penal, en general, y el sistema de sanciones, en particular, implica el conocimiento de la manera cómo se ha ido formando y consolidando el aparato estatal y, sobre todo, de los órganos destinados específicamente a la vigilancia y control de las personas.

No es mera coincidencia que el primer Código Penal haya sido promulgado por Ramón Castilla (1863), primer gobernante que tuvo una visión integral de la problemática nacional. Se preocupó, por ejemplo, de dictar una serie de reglamentos de Policía; de mejorar la Gendarmería y de organizar seriamente el sistema carcelario. En este dominio, construyó la única penitenciaría del país (1862), destruida en 1961 sin ser reemplazada. Tampoco es coincidencia que el segundo Código Penal, aún vigente, haya sido dado por Leguía (1924), modernizador de nuestro Estado, quien reorganizó la Policía, creó la escuela de Policía, y trajo una misión española con este fin (7 de agosto de 1919).

Desde esta perspectiva socio jurídica, hemos tratado, en otras oportunidades,<sup>1</sup> de determinar las causas y efectos de la recepción de leyes foráneas en la formación del sistema normativo que regula y legitima la actividad controladora y sancionadora del Estado. Al mismo tiempo, hemos tratado de ver cómo, paralelamente a la incorporación de nuestra región y país al sistema económico mundial, se producía su alineamiento al sistema ideológico y jurídico eurocontinental. Tanto en uno como en el otro dominio, los fenómenos europeos se dan o reproducen,

---

1 HURTADO 1979.

entre nosotros, con características peculiares. Muchas veces el reflejo se reduce a la letra muerta de un texto legal o constituye una parodia del modelo original.

## II. SISTEMA PENAL DE LA COLONIA

En cuanto al sistema de sanciones penales, constatamos, en primer lugar, que la pena de muerte, los suplicios y las penas infamantes, caracterizaban el derecho penal virreinal, como sucedió con el derecho europeo anterior a la Revolución Francesa. En esa época, y conforme a la concepción entonces predominante, el delincuente no solo violaba, mediante la comisión de la infracción, la ley; sino que causaba un daño y, sobre todo, atentaba contra quien hacía cumplir la ley. El delito era concebido como una agresión contra la víctima inmediata y contra el soberano. Foucault<sup>2</sup> dice al respecto que «la intervención del soberano no es un arbitraje entre dos adversarios. Se trata más bien de una acción destinada a hacer respetar los derechos de cada uno. Es una réplica directa contra quien lo ha ofendido». De modo que el soberano no solo busca restaurar el desorden producido y destruir el mal ejemplo dado mediante la infracción; sino, también, persigue castigar el vejamen causado a su persona. El poder punitivo del soberano se manifiesta en penas severas (muerte, galeras, suplicios, exilio, etc.) y en su ejecución pública y ceremoniosa. En la pena de muerte y los suplicios se revela mejor este mecanismo, y se muestra, descarnadamente, el enfrentamiento brutal y sangriento en que consistía, generalmente, la represión penal. Este mecanismo se inserta en un sistema punitivo en el que el soberano exige, decide y hace ejecutar, directa o indirectamente, las sanciones, en la medida en que ha sido afectado por el delito.<sup>3</sup>

La legislación hispana, implantada en nuestro país por los conquistadores españoles durante la época colonial (*Las Siete Partidas*, la *Nueva Recopilación*, la *Novísima Recopilación*, el *Fuero Real*, etc.), contenía normas para aplicar la pena de muerte y los suplicios para diversos casos. Se acentuó esta tendencia con la implantación de la Santa Inquisición en América. La aparatosidad y formalidad de la ejecución de estas penas eran las mismas que las existentes en la Metrópoli. Como ejemplo, basta señalar que en relación con un caso de homicidio, la Real Sala del Crimen condenó, el 7 de enero de 1632, a un delincuente «a ser llevado por las calles de esta ciudad y a cortarle la mano derecha, en frente a la casa donde cometió el delito y después a ser ahorcado».<sup>4</sup>

---

2 FOUCAULT 1975: p. 51.

3 FOUCAULT 1975: p. 57.

4 SUARDO 1629: p. 210)

La dureza de este sistema punitivo tuvo ecos posteriores durante la época republicana. Primero, señalemos el proyecto de Código penal de Lorenzo de Vidaurre (1828). El señalaba por ejemplo, la pena de muerte para el parricida, y ordenaba: «póngasele una gorra que anuncie su crimen y al pecho colgado el retrato de la persona que asesinó». Luego, recordemos que el Código penal de Santa Cruz, vigente brevemente en el Estado Norperuano de la Confederación Perú-boliviana, estatuyó que la pena de muerte sería infligida fusilando al reo sin mortificación previa de su persona (artículo 51) y remitía al Código de procedimientos judiciales respecto a su ejecución. El reo debía ser conducido al suplicio atadas las manos, vestido de túnica blanca y una soga de esparto al cuello (artículo 920). Si se trataba de un asesino, parricida o traidor llevaría, además, los pies descalzos, la cabeza descubierta y sin cabellos. Los dos primeros vestirían túnica blanca con mangas encarnadas y el último llevaría en la espalda un cartel en que con grandes letras se anuncie su delito de traidor (artículo 921).

La multiplicidad y desorden del conjunto de normas legales vigentes durante la Colonia hacen difícil determinar los muchos crímenes reprimidos con la pena de muerte y con los suplicios. Pero la existencia de ese arsenal legislativo no debe llevarnos al equívoco de minimizar el alejamiento que existía entre la realidad y el sistema normativo. Dichas sanciones no eran las más frecuentes. Lo mismo sucedía en Europa. Sin embargo, las penas que las sustituían estaban acompañadas de medidas que se aproximaban mucho al suplicio: exposición, marca, picota, etcétera. En relación con el derecho español, Jiménez de Asúa afirma, correctamente, que «justo es reconocer, de una parte, que este vigoroso sistema se fue templando gradualmente y que no era patrimonio exclusivo de los españoles».<sup>5</sup>

### **III. ORIGEN DEL SISTEMA PUNITIVO MODERNO**

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, se generalizan las opiniones y actitudes en contra de la crueldad del sistema represivo vigente. Filósofos, juristas y políticos la combaten con vehemencia. Lo mismo sucede en los reclamos colectivos ante el Monarca. Complejos factores sociales conducían a este cambio de perspectiva en el dominio penal, parcela de una realidad profundamente perturbada. Entre ellos cabe destacar la actitud del pueblo frente a la ejecución de la pena de muerte y de los suplicios. El pueblo era convocado para que presencie la ejecución, que debería ser a la luz del día y en sitio público de fácil acceso. El soberano hacía de este acto una ocasión propicia para despertar en las personas el sentimiento de que toda infracción sería reprimida severamente y buscaba producir en ellas un

---

5 JIMÉNEZ DE ASÚA 1958: T. 1: 699.

efecto intimidatorio por el terror. Dentro de esta perspectiva la represión penal resultaba inconcebible como un castigo impuesto casi en secreto y solo tenía sentido publicitarlo a fin de que llegue a conocimiento de todos.

Los efectos indeseables de tal procedimiento debían ser eliminados. El enfrentamiento brutal y sangriento entre Monarca y delincuente necesitaba ser erradicado. Esto no se produce sino luego de un largo proceso, en el que la intervención de los filósofos, juristas y políticos es destacada. Proceso que se encuentra impulsado y encuadrado por la iniciación y el desarrollo de nuevas fuerzas sociales que requieren un nuevo encuadramiento político-administrativo. El desarrollo de la industria, el perfeccionamiento de la tecnología, el crecimiento demográfico, la concentración de la población en los centros urbanos; el desarrollo del comercio; la formación de un amplio sector social constituido por asalariados venidos del campo; el surgimiento de una inmensa pobreza para la mayor parte de la población, trajeron como consecuencia, en el dominio que nos interesa, variaciones marcadas de la delincuencia, la proliferación de comportamientos marginales como la prostitución, la ganancia, el alcoholismo, etcétera.

El acondicionamiento del sistema punitivo a esta realidad se produce dentro del movimiento que culminará con los procesos revolucionarios; con la instauración de un nuevo régimen; con un amplio proceso de codificación; y, en el dominio penal, con un nuevo sistema represivo. En la encrucijada de los siglos XVIII y XIX una nueva legislación define al poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre todos sus miembros y en la que todos están igualmente representados.

La justicia es proclamada como igual para todos y se afirma un poder judicial autónomo para su administración. El enfrentamiento brutal entre Soberano y delincuente es reemplazado por un mecanismo sutil que se materializa en la organización del sistema policial, y por la determinación de la privación de la libertad como la pena por excelencia.

Mediante la Policía, se estructura toda una técnica de control y vigilancia sobre la población. Este poder no se manifiesta a la luz del día, como sucedía con toda la aparatosidad del sistema anterior; sino que actúa con discreción, medida y sistemáticamente.

El Estado, nuevo Soberano, no se manifiesta aislado y espectacularmente frente a la delincuencia, sino que lo hace en forma generalizada y permanente. Este ocultamiento se expresa, igualmente, en la ejecución de las penas; sobre todo, en el caso de la pena de muerte. Las ejecuciones y suplicios públicos son suprimidos; tendrán lugar en horas de la madrugada y dentro de los muros de la prisión. Teniendo en cuenta que la pena privativa de la libertad, bien supremo y factible de ser fraccionado, deviene en el instrumento moderno de la penalidad, podemos

admitir que si el extremo máximo de la justicia penal durante el absolutismo consistía en el descuartizamiento indefinido del regicida: manifestación de poder absoluto del más fuerte sobre el cuerpo del más grande criminal; el estado ideal de la nueva penalidad sería concebido como un control y una disciplina indefinidos; un interrogatorio permanente, una investigación sin límites, una observación minuciosa y analítica; un juzgamiento que sería la continuación de un expediente jamás concluido y la imposición de una pena íntimamente relacionada con la curiosidad obsesiva del examen disciplinario.

El Siglo de las Luces no solo descubrió las libertades sino también inventó las disciplinas. La reforma penal que en este período tiene lugar toma al hombre como barrera del poder punitivo; luego, a partir del siglo XIX, el hombre se convertirá en el objeto a corregir y transformar. Sobre este proceso, Foucault<sup>6</sup> dice: «al nivel de principios, la nueva estrategia se plantea fácilmente en la teoría general del contrato. Se supone que el ciudadano ha aceptado una vez por todas, con las leyes de la sociedad, aquella por la que él mismo puede ser castigado. El criminal aparece entonces como un ser paradójal. Él ha violado el pacto, luego es enemigo de toda la sociedad; pero él participa en la imposición del castigo que padece. El delito más leve ataca toda la sociedad —comprendido el delincuente— participa en la imposición de la más ligera sanción. El castigo penal es pues una función generalizada, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. Es entonces que se plantea el problema de la «medición» y de la «economía del poder de castigar».

#### IV. LOS INICIOS DE LA REPÚBLICA

A fines del siglo XVIII, se reclama en Francia, mediante los «Cahiers de doléances», «que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos; que la pena de muerte solo sea impuesta a los asesinos culpables, y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos».<sup>7</sup> Estas exigencias serán plasmadas en las Declaraciones de Derechos, en las Constituciones y en los códigos que reflejan las ideas liberales de la época. Estas fueron las que inspiraron a los criollos españoles en su lucha por emanciparse de la dominación española. En el artículo 10 de las Bases de la Constitución de 1822, ya se disponía «la abolición de todas las penas crueles y de infamia trascendental»; y de manera más completa el artículo 115 de la Constitución de 1823, estatuyó: «queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El código criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente

---

6 FOUCAULT 1975: p. 92)

7 SELIGMAN, E., citado por FOUCAULT, 1975: p. 76.

la merezcan». En términos más o menos semejantes, se repetirá este texto en las Constituciones de 1826 (artículo 122), 1828 (artículo 129), 1834 (artículo 154), 1839 (artículo 165) y en el Estatuto Provisorio de 1855. Prohibición expresa del tormento se hizo en la Constitución liberal de 1828, y a partir de la de 1834 aparece la declaración de que «las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo; toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida» (artículo 157).

La pena de muerte no era cuestionada en su existencia, sino solo en la frecuencia de su aplicación. Lo mismo sucedió en Francia.

El Código francés de 1791 redujo a 32 los crímenes reprimidos con la pena capital, que conforme la legislación anterior eran 115.<sup>8</sup> El criterio de igualdad llevó, igualmente, a la limitación general, consistente en que la pena de muerte fuera ejecutada de una sola manera. Así, el representante Guillotin propuso, el 9 de octubre de 1789, que «en todos los casos en que la ley estableciera la pena de muerte contra un acusado, el suplicio será el mismo, cualquiera que sea el delito del que sea culpable. Al criminal se le cortará la cabeza».<sup>9</sup> Entre nosotros, la forma de ejecución admitida desde el comienzo fue el fusilamiento. En 1822, San Martín decreta la abolición de la horca, la reemplaza por el fusilamiento y dispone que los fusilados sean colgados para impresionar y sirva de escarmiento (Gaceta de Gobierno del 3 de enero de 1822). Recordemos que el Código de Santa Cruz de 1863 estatuyó que «la pena de muerte será infligida fusilando al reo». A pesar que en su nota preliminar se dice que las penas «no intimidarán sino al malvado; no prodigarán la sangre del hombre en expiación de delitos, cuya satisfacción no exige tamaño sacrificio», la pena de muerte fue señalada para no menos de 25 delitos. Esta proliferación de casos reprimidos con la pena capital no debe extrañar si se recuerda, por ejemplo, que Bolívar estableció, por decreto del 18 de marzo de 1824 y fechado en Trujillo, la pena de muerte para los empleados que participaran en la comisión del delito de contrabando.<sup>10</sup>

El período comprendido entre los años 1825 y 1845, se caracterizó por la inestabilidad política y el predominio del militarismo. Nuestro país era principalmente rural, casi la mitad de su territorio era poco conocido, las fronteras políticas no estaban del todo determinadas, el comercio era exiguo en muchas zonas del país, las comunicaciones eran en extremo difíciles. Esto último no solo por la insuficiencia marcada de las vías de comunicación sino, también, por la existencia de bandidos.<sup>11</sup> Los alrededores de Lima, ciudad que llegó por entonces

---

8 KOESTLER 1957: p. 185.

9 KOESTLER 1957: p. 191.

10 BASADRE 1968: T. 1: 196.

11 FLORES 1979: p. 107. Ver MATTEISON s/f.: p. 95; PROCTOR s/f.: p. 119.

a tener 60,000 habitantes, eran bastante peligrosos. En las salidas de la ciudad hacia Huancayo, Chorrillos y Callao pululaban salteadores.<sup>12</sup> El Estado en formación era débil, y su democratización fue obstaculizada por el militarismo. Las Instituciones más fuertes eran, justamente, el Ejército y la Iglesia. Un organismo policial y, en general, el administrativo no estaban organizados ni establecidos. Los aparatos administrativos coloniales fueron abandonados, pero no inmediata ni debidamente implementados los nuevos. Esto fue originado por la ausencia de un fuerte sector social dirigente. Por eso Flores<sup>13</sup> dice que la «carencia de una clase burguesa hizo de la República en apariencia un Estado burgués». Si bien la delincuencia de la época a que nos referimos y los medios de combatirla no han sido debidamente estudiados, podemos vislumbrar un poco la situación, recordando que cuando Salaverry marchó a combatir a Santa Cruz, propulsor de la Confederación Perú-boliviana, y las tropas de Orbegoso aún no llegaban a Lima, esta fue invadida y saqueada por los bandoleros encabezados por León Escobar (enero 1836). Estos tuvieron que ser combatidos por marineros provenientes del Callao y, luego, León Escobar fue fusilado, sin proceso, en la plaza de armas, delante de mucho público.

## V. EL PERÍODO DE 1850 A 1870

### 1. Ramón Castilla: las Constituciones de 1856 y 1860

Entre los años 1850 y 1870, la vida política y fiscal se caracterizó por su permanente crisis. Sin embargo, estuvo marcada por la personalidad de Ramón Castilla, que gobernó el país durante dos períodos. Aprovechando la bonanza económica producida por la explotación del guano, Castilla centralizó la administración pública, impulsó el avance material del país y, en particular, de la Capital; así mismo, abolió la esclavitud. Largo sería enumerar sus obras más importantes. Para efecto de nuestro trabajo, señalemos por ejemplo, la organización de la primera Guardia Nacional, el primer serio intento de organizar un sistema de lugares de detención (materializado en la construcción de la penitenciaría), la abolición del «cadalso político» y la dación de los primeros códigos en materia penal. Con razón, Basadre<sup>14</sup> escribió que fue Castilla «desde el punto de vista cronológico, el primero en dar muchas veces eficacia a la tarea de hacer uso del Estado como instrumento para ir ampliando una empresa común de todos los peruanos en beneficio de la mayoría de los peruanos, dentro de una unidad de destino».

---

12 FLORES 1979: p. 115.

13 FLORES 1979: p. 109; LÓPEZ 1979: p. 104.

14 BASADRE 1968: p. 162; MARIÁTEGUI 1972: p. 22; BELAUNDE 1980: p. 8.

En los dos primeros años de su presidencia provisoria, la Convención Nacional elaboró la Constitución de 1856, de corte liberal. En lo que respecta a la pena de muerte, luego de intensos debates, triunfó la tesis abolicionista y así en el artículo 16, se declaró que «la vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte». José Gálvez, liberal radical, defendió ardorosamente esta concepción; llegando a sostener que «la sociedad no tiene derecho a matar».<sup>15</sup> Esta Constitución fue reformada por el Congreso de 1858. Una de las polémicas más interesantes fue la referente a la pena de muerte. Se ratificó su eliminación. En la discusión tuvo destacado papel, apoyando la tesis abolicionista, Eugenio Carrillo Sosa, representante ancashino. Por el contrario, la combatieron Gómez Sánchez, Corpancho y Herrera. Este último había sostenido, con anterioridad, criterio diferente. Expuso con mayor amplitud sus ideas a favor de la pena de muerte en los debates del Congreso de 1860 y en su polémica escrita contra Francisco de Paula Gonzales Vigil, quien escribió un opúsculo en contra de la pena capital con ocasión del Congreso de 1858, y que solo publicó en 1862.

Durante los debates en torno a la pena de muerte en el Congreso de 1860, se plantearon con claridad dos posiciones, en pro y en contra. De un lado, la Comisión encargada de elaborar el proyecto de reforma propuso una disposición en la que se establecía que la pena de muerte no fuera impuesta sino por el delito de homicidio calificado. Antonio Arenas defendió este criterio, afirmando que «en una disposición de esta clase lo que se ve es un límite puesto a la ley penal, una especie de garantía a la vida humana y no un precepto para que indefectiblemente se prive de la existencia a los autores de un homicidio. El legislador queda autorizado para imponer o no imponer la pena capital según lo exijan las necesidades sociales».<sup>16</sup> Fundamentó su opinión sosteniendo el derecho de la sociedad a su propia conservación, el restablecimiento del orden social como fin básico de la pena y el aumento de la criminalidad producido en el país después de la abolición de la pena de muerte en 1856.<sup>17</sup>

De otro lado, los adversarios de la pena de muerte, entre los que destacó José Silva Santisteban, plantearon, una vez más, el argumento liberal de que fin exclusivo de toda pena debe ser la enmienda moral del delincuente, y reiteraron la negativa de que la sociedad tuviera el derecho a privar de la vida a cualquier ser humano. Basaron su opinión, así mismo, destacando que la mayor parte de los delitos en el Perú eran ocasionados por la vagancia, la miseria o el estallido de una pasión. Por último, señalaron que las medidas para enfrentar la delincuencia deberían consistir en aumentar las fuentes de trabajo, para combatir eficazmente

---

15 BASADRE T. IV: p. 143.

16 BASADRE T. IV: p. 212.

17 BONILLA 1975: 34.

la ociosidad y proporcionar a todos, los medios para vivir honestamente.<sup>18</sup> Por 69 votos a favor y 28 en contra, se aprobó el siguiente texto: «La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado» (artículo 16).

## **2. La ley sobre homicidio calificado de 1861 y el Código penal de 1863**

Mediante la ley del 11 de mayo de 1861, se establecieron cuales eran los casos de homicidio calificado, y cuyos autores se hacían acreedores a la pena capital. Así, el artículo 1° estatúa:

Es crimen de homicidio calificado, el que se comete:

- 1° Por recompensa prometida o por precio recibido.
- 2° Aumentando deliberadamente el mal ocasiona el delito, con daños innecesarios para su ejecución.
- 3° Agregando escarnio y la ignominia a los efectos naturales del delito.
- 4° Ejecutándolo por medio de inundación, incendio, veneno u otros de igual gravedad.
- 5° Aprovechando deliberadamente para cometerlo de los conflictos de naufragio, terremoto, tumulto popular u otra calamidad o desgracia.
- 6° Abusando intencionalmente el ofensor, para cometer el delito, de la autoridad que ejerza sobre él el ofendido.
- 7° Abusando de la confianza que el ofendido hubiese depositado en el ofensor.
- 8° Ejecutándolo como medio para cometer otro delito.
- 9° Sirviéndose de la cooperación de una o más personas, con el fin de asegurar la ejecución del delito, o de proporcionarse la impunidad.
- 10° Perpetuándolo en despoblados o en los caminos.
- 11° Ejecutándolo en lugar sagrado, o donde la autoridad esté ejerciendo sus funciones.
- 12° Buscando deliberadamente al ofendido en su morada, sin que este hubiese provocado al ofensor.
- 13° Reincidiendo en el delito de homicidio voluntario después de legal condenación.

---

18 BASADRE IV: 212 s.

- 14° Ejecutándolo en la persona del padre, madre e hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos; en la de cualquiera de sus ascendientes, descendientes o hermanos, o en la de su cónyuge.
- 15° Cometiendo el homicidio con premeditación manifiesta por actos preparatorios para su ejecución, con alevosía, o a traición, o usando de disfraz, astucia o fraude.

La simple lectura de esta disposición revela que no son equivalentes todas las circunstancias enumeradas. Esto la hace una disposición injusta; situación que se agravaba por la manera confusa e imprecisa en que está redactada.<sup>19</sup> Al elaborar esta ley, el legislador tuvo muy en cuenta el artículo 15 del proyecto de Código Penal de 1859. De esta manera fueron multiplicados los casos reprimidos con la pena de muerte, y se puso en evidencia la opinión de considerar como eficaces las penas severas. La constatación de esta tendencia, permitió decir a Basadre que «la gran conquista obtenida en 1856 y 1861 era la abolición del cadalso político».<sup>20</sup>

Esta ley no permaneció mucho tiempo en vigencia. El primer código penal, aprobado en 1862 y puesto en vigencia en 1863, restringió bastante el número de casos calificados de asesinato. Su artículo 232 estatuyó:

En la misma pena de muerte incurrirá el que matare a otro mediando cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1° Por precio recibido o recompensa estipulada.
- 2° A traición o sobre seguro.
- 3° Empleando incendio o veneno.
- 4° Atacando el domicilio con el fin de robar, o en despoblado o en camino público con el mismo objeto.
- 5° Aumentando deliberadamente y con crueldad el padecimiento de la víctima por medio de emparedamiento, flagelación u otro tormento.

El otro delito reprimido con la pena de muerte era el parricidio.

La admisión de este criterio restringido respecto al asesinato y, por tanto, a la aplicación de la pena de muerte, «implicó una victoria de quienes buscaban la humanización de las penas».<sup>21</sup> Como sucedía en otras legislaciones de la época,

---

19 ZÚÑIGA GUARDIA 1957: 85.

20 BASADRE, T. IV: p. 298.

21 BASADRE, T. IV: p. 298)

se ordenó la suspensión de la ejecución de la pena de muerte en caso de mujer embarazada (artículo 69), y se reglamentó el sorteo de los condenados a muerte cuando eran varios (artículo 70). El fusilamiento del condenado en el lugar del juicio fue el medio escogido para su ejecución (artículo 68). En relación con este, José Viterbo Arias diría que «nuestros legisladores se decidieron por el fusilamiento, más rápido que la horca, menos sangriento que la decapitación; pero sin indicar si la ejecución ha de ser pública o se puede realizar a extramuros, o dentro de prisiones».<sup>22</sup>

### **3. Constitución liberal de 1867**

Un breve paréntesis de la corriente favorable a la pena de muerte, lo constituyó la Constitución de 1867. Era la séptima Asamblea legislativa en la vida de la nueva República, y la quinta de orientación liberal. En el artículo 15, se restableció el texto del artículo 16 de la Carta de 1856: «La vida humana es inviolable: la ley no podrá imponer pena de muerte».

La breve vida de la Constitución de 1867 (Presidencia de Mariano I. Prado), se debió a diversas causas sociopolíticas y, entre ellas, Basadre destaca el hecho que «los diputados, como si no hubiesen aprendido nada después del fracaso de sus antecesores en 1823, 1828, 1857 y 1859, se esmeraron en pintar el decorado externo de la escena política con los vivos colores de una Constitución muy avanzada para una época y los hicieron más estridentes que los de 1856».<sup>23</sup> El Gobierno de Prado, surgido inmediatamente, y como una de las consecuencias de la guerra con España (1866), se caracterizó por la inestabilidad política reinante en el país. Esta situación «determinó medidas represivas, que incluyeron deportaciones, prisiones y censura de prensa, si bien en la tribuna parlamentaria se entonaban cánticos a todas las libertades».<sup>24</sup>

## **VI. EL PERÍODO DE 1879 A 1930**

### **1. El Estatuto Provisorio de Piérola y el Gobierno de García Calderón durante la ocupación chilena**

Durante la guerra con Chile, iniciada en febrero de 1879 con el desembarco de las tropas chilenas en Antofagasta, tomó el poder Nicolás de Piérola como Jefe Supremo de la República. El 27 de diciembre de 1879, dictó el denominado Esta-

---

22 ARIAS 1900, 1: 428)

23 BASADRE, T. VI: 89)

24 BASADRE, T. VI: 77.

tuto Provisorio que en el artículo 8° estatúa: «La traición a la Patria, la cobardía e insubordinación militares, la desertión en campaña, el peculado, la prevaricación, el cohecho, la defraudación de bienes públicos, el homicidio premeditado y aleroso y el bandolerismo, cualquiera que sea la condición del culpable o el carácter que invista, serán, durante la presente guerra, juzgados militarmente y penados con la pena capital».

Victorioso el ejército chileno en las dos batallas de Lima, Piérola se dirigió a Ayacucho con el fin de organizar la resistencia e iniciar las negociaciones con los chilenos. Estos se negaron a tratar con el dictador, lo que dio lugar a la formación del gobierno de García Calderón que tuvo como sede Magdalena. Uno de sus primeros actos fue derogar el Estatuto Provisorio de 1879 y declarar la vigencia de la Constitución de 1860. De esta manera, se volvió a la limitación de la aplicación de la pena capital solo a los casos de homicidio calificado. Fuera de estas indicaciones generales sobre las normas constitucionales, no vamos a incursionar en la situación real de la sanción de los delitos durante la época de la ocupación chilena. Su carácter excepcional se muestra en el funcionamiento de Tribunales Militares. Esta situación continuó aún después de la instalación del gobierno de García Calderón, ya que la Corte Suprema se negó a funcionar mientras los ejércitos chilenos ocupasen Lima. Así fue como, desde el 9 de febrero de 1881, todos los delitos y faltas quedaron sujetos a los Tribunales Militares. Solo el 29 de octubre de 1883 comenzaron a instalarse los tribunales comunes. Posteriormente, la Asamblea Constitucional dictó la ley del 26 de marzo de 1884, ordenando la vigencia de la Constitución de 1860 con algunas modificaciones. Entre estas se encontró la supresión del artículo prohibiendo la pena de muerte, salvo para el caso de homicidio calificado.<sup>25</sup>

Un fenómeno peculiar de la época fueron las denominadas *montoneras*. Estos grupos armados estaban constituidos por diversas clases de personas. Los jefes las reclutaban, muchas veces, por medio de la violencia; en ellas habían peones de haciendas, que blandían machetes de cortar caña, y presos sacados de las cárceles. Los desertores eran flagelados o fusilados.<sup>26</sup> Las montoneras atacaban poblaciones, desvalijaban a los viajeros, destruían los medios de comunicación, asaltaban trenes, incendiaban, secuestraban personas, etcétera. Con el fin de combatir y reprimir severamente a los montoneros, mediante el Código de Justicia Militar de 1898, se amplió el fuero privativo en detrimento del ordinario. Conforme a este Código, todos los actos enumerados anteriormente y otros semejantes serían reprimidos por los tribunales militares cuando hubieran sido cometidos en «banda», que

---

25 BASADRE, T. IV: 21.

26 BASADRE, T. IX: 182.

era concebida como la agrupación de dos o más personas.<sup>27</sup> Con la pena de muerte se reprimían en este Código numerosas infracciones descritas casuísticamente en diversas normas de la parte especial.<sup>28</sup> Sin embargo, en el artículo 29 de la ley aprobatoria del Código, dada el 20 de diciembre de 1898, se estatuyó que «la pena de muerte establecida en dicho Código, queda sustituida por la de veinte años de penitenciaría, hasta la próxima reunión del Congreso».<sup>29</sup> Resulta interesante destacar la referencia que hace Basadre<sup>30</sup> a la ejecutoria de la Corte Suprema de 11 de mayo de 1917. En esta resolución se declaró que esa disposición «no envuelve una gracia anticipada acordada a los delincuentes dentro del período comprendido entre el 20 de enero de 1899 en que comenzó a regir el Código y el 28 de julio del propio año en que se instaló el inmediato Congreso ordinario, sino la remisión de todas las disposiciones que imponían pena de muerte fuera de los casos de homicidio calificado, a la próxima legislatura, estimándoles como reforma del artículo 16 de la Constitución del Estado».<sup>31</sup> Como lo indica el mismo Basadre, el Congreso no trató este asunto ni en 1899 ni en los años siguientes.

## 2. El Oncenio y la Constitución de 1920

A mediados de la década de 1890, se dio inicio en ciertas partes del Perú a un proceso social intenso, nuevo y fundamental. Progresivamente, se recupera el nivel económico anterior a la Guerra con Chile y se logra un nuevo desarrollo mercantil. Durante la República Civilista (1890-1920), «bajo el impulso de una extraordinaria dinamización mercantil una fracción propietaria ligada a la agricultura de exportación, las finanzas, el comercio, la especulación, logra organizarse políticamente, dando en cierto modo una dimensión nacional a su hegemonía política».<sup>32</sup> A consecuencia del fracaso civilista y a lo largo de la década de 1920, el Estado amplía sus bases sociales debido a la irrupción violenta de las clases medias en la escena política. Los aparatos estatales se desarrollan, dando comienzo a una mayor vertebración física y política del país: caminos, comunicaciones, etc., se extienden junto a subprefecturas, juzgados, puestos militares y policiales, etcétera.<sup>33</sup>

---

27 BASADRE, T. IX: 253.

28 Ver CP militar de 1898: artículos 228 a 231, 238, 256, 262, 264, 270, 281, 288, 289, 300, 301, 329 y 330.

29 CP 1899, edición oficial: p. 215.

30 BASADRE, T. IX: 253.

31 AJ 1917: 78.

32 YEPES 1979: 139.

33 YEPES 1979: 156.

Esta época fue ocupada principalmente por Leguía, quien estableció, en julio de 1919, un gobierno provisional e inició el régimen de la «Patria Nueva». Previo plebiscito, la Asamblea Nacional se dedicó a elaborar una nueva Constitución, la misma que fue promulgada el 18 de enero de 1920. En esta se establecía que «la ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la Patria, en los casos que determinen la ley» (artículo 21). De este modo, se extendió la aplicación de la pena de muerte. Efecto inmediato tuvo esta disposición, respecto a la legislación militar que, como antes hemos visto, reprimía con la pena capital los diversos casos de traición a la patria y otros delitos más. En el derecho penal común, por el contrario, se optó por un criterio opuesto. La pena de muerte fue eliminada del arsenal punitivo del código promulgado en 1924, como lo veremos más adelante.

La época de Leguía (oncenio) se caracterizó por el fortalecimiento del Estado, debido al proceso de centralización político-administrativa que implementó, al desarrollo del poderío armado y a la organización de un fuerte aparato policial. Este último fue decisivo, «no solo porque vinieron a ser impedidas en unos casos o frustradas casi siempre las algaradas callejeras y el atentado personal, sino porque, al ser organizados, con personal numeroso y escogido, los servicios de previsión y de investigación, fueron localizados e impedidos de actuar quienes representaban lo que en derecho penal se llama la *peligrosidad*».<sup>34</sup>

La crisis del capitalismo de 1930 fue determinante, junto con otros factores, en la caída del poderoso dictador. La crisis acarreó un fuerte descenso de las exportaciones e importaciones, una acentuada disminución del comercio, una marcada discriminación de los ingresos fiscales y la paralización de las obras públicas. «Esta situación significó que la relativa centralización estatal que Leguía había logrado desarrollar se desmoronara y que las tendencias centrifugas latentes en la sociedad se manifestaran plenamente, al mismo tiempo que resultaban evidentes las contradicciones entre las clases sociales».<sup>35</sup>

## VII. SÁNCHEZ CERRO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1933

La desorientación y la violencia caracterizaron el período posterior a Leguía. Los pronunciamientos militares, las huelgas y las manifestaciones populares fueron reprimidos cruentamente. Se produjeron, asimismo, sucesivos cambios de gobierno, hasta que Sánchez Cerro se consolidó en él. Como muestra de la tónica con

---

<sup>34</sup> BASADRE T. XIII: 336.

<sup>35</sup> COTIER 1978: 161.

que este militar ascendió al poder, señalemos que en su manifiesto de Arequipa indicó, refiriéndose a Leguía, que «frente al Ejército —la nobilísima institución del país— ha organizado preconcebidamente una policía mimada y jactancioso —salvo contadas excepciones— instrumento de terror para el ciudadano, a quien coacta sus derechos; trasmitiéndola de su función privativa, pretende convertirla en fuerza sustitutoria nacional y de la integridad territorial, dando razón para creer que los países que se hipotecan en alguna forma no son dignos de tener ejércitos sino guardias pretorianas».<sup>36</sup> Con el objeto de reprimir a sus adversarios políticos, detener los movimientos populares y combatir a los nuevos partidos políticos (APRA, Partido Comunista), amplió el fuero privativo militar, estableció cortes marciales y dictó leyes de excepción. «Históricamente, sin embargo, dice Yepes,<sup>37</sup> este oscuro período del desarrollo peruano, se ofrecerá como un momento de transición, como la antesala de una etapa fundamental que tendrá su inicio hacia la década del cincuenta».

En diciembre de 1931, se inició la discusión sobre la elaboración de una nueva Constitución. El resultado fue la Carta de 1933, aprobada por un Congreso «nacido bajo la sombra del caudillaje de Sánchez Cerro y sumiso a este cuanto atañe a su mayoría, pero contando en su seno con una bravía minoría».<sup>38</sup>

Este Congreso había aprobado, a solo un mes de instalado el régimen constitucional, y cuando el país vivía un ambiente de violencia y atentados, una Ley de Emergencia (Nº 7497 del 9 de enero de 1932). Luego, en el mes de marzo, adoptó la ley Nº 7491, autorizando, primero, al Poder Ejecutivo a tomar las medidas extraordinarias en resguardo del mantenimiento del orden social y de las instituciones democráticas; y, segundo, ratificando (sic) el Decreto Ley Nº 7060 (derogado por el Decreto Ley Nº 7161) y ampliando su vigencia a todo el país. Este Decreto Ley estableció, en 1931, las Cortes Marciales y fijó la pena de muerte para los autores de los delitos de rebelión, sedición o motín. Esta actividad legislativa ha sido muy bien calificada por Basadre,<sup>39</sup> cuando dice que «fue la negación de las garantías sobre la inviolabilidad de la vida humana, sobre la preexistencia de las penas y sobre los jueces capacitados para decretarlas».

En las discusiones sobre la pena de muerte volvieron a enfrentarse los partidarios y los adversarios de esta sanción. Esta posición liberal fue valientemente defendida por la minoría parlamentaria de socialistas, descentralistas e independientes. Los alcances de la actitud de estos parlamentarios se aprecian sobre todo

---

36 BASADRE T. XIV: 40.

37 YEPES 1979: 139.

38 BASADRE, T. XIV: 283.

39 BASADRE, T. XIV: 224.

cuando se tiene en cuenta que los debates sobre este tema se desarrollaron después del atentado contra Sánchez Cerro, de la sublevación del Callao y de Trujillo, de la sangrienta represión que estos hechos produjeron y otros eventos que sería largo enumerar.

Castro Pozo y Arca Parró se pronunciaron contra la pena de muerte. Víctor Andrés Belaunde la combatió moderadamente; pero la admitió en caso de ciertos delitos comunes. Leonidas Gonzales Hendermann la admitió para los delitos de traición a la patria y los delitos militares previstos en el Código respectivo. Contra la disposición propuesta para admitir la imposición de la pena capital contra los delitos que señalare la ley, los socialistas presentaron una, que la prohibía simplemente. Los resultados de la votación llegaron a ser favorables a la tesis abolicionista; sin embargo, reabierta la discusión y en nueva votación se aprobó el artículo 54 que estatuyó: «la pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la ley».

La tesis que imperó en el seno de la mayoría fue que «se trataba de un punto básico de la política del gobierno, y de que quienes forman el partido de este debían subordinar los principios a un alto interés nacional sino querrían incurrir en cobardía».<sup>40</sup> Casi un mes después de aprobada la nueva Constitución, fue asesinado Sánchez Cerro. Para que continuara su período presidencial fue elegido por el Congreso el General Oscar R. Benavides.

### **VIII. LA PENA DE MUERTE EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924 Y LEYES QUE LO MODIFICAN**

El Código penal de 1924 fue aprobado y promulgado durante la vigencia de la Constitución de 1920, en la que se admitía la pena de muerte para el homicidio calificado, la traición a la patria y los demás casos que determine la ley. Nuestro codificador no hizo uso de esta facultad establecida en la Carta constitucional.

Sustituyó la pena capital, establecida en el código de 1863, por la pena de internamiento de duración indeterminada, con un mínimo de 25 años para los casos de criminales excepcionalmente peligrosos. Esta situación no fue modificada por el legislador, aun cuando la Constitución de 1933 ratificara la regla establecida en la Constitución de 1920.

---

40 BASADRE, T. XIV: 278.

## 1. La tesis abolicionista del codificador

En la breve exposición de motivos que precede al texto del Código, el codificador<sup>41</sup> fundamentó su concepción abolicionista de la pena de muerte, en los siguientes criterios:

- 1° La abolición no constituye, prácticamente, una innovación; «sanciona una situación de hecho que exterioriza suficientemente la repugnancia del país a la aplicación de esa pena». Esta repugnancia se percibe, conforme al codificador, a través del «evidente y enérgico rechazo de la voluntad popular peruana» y de la negativa de «los jueces a imponerla»;
- 2° La seguridad social puede lograrse por otros «medios compatibles con la vida de los criminales»; pues es determinante contar con «la valoración económica de la vida» y «el fondo de incertidumbre que existe en muchos casos sobre el carácter de los delincuentes y sus posibilidades futuras de adaptación»;
- 3° Basta para garantizar la seguridad social la severidad del internamiento indeterminado; siendo insuficiente, por el contrario, la pena de 15 años de penitenciaría que venía imponiéndose por los jueces en reemplazo de la pena capital, conforme al Código de 1863; y
- 4° «La tendencia dominante en el mundo» es la abolicionista; conforme se muestra en el «gran número de Estados europeos y americanos que la han abolido y otros están en vía de hacerlo».

## 2. Repugnancia del país a la pena de muerte

El primer argumento es apriorístico e intuitivo. La repugnancia del país por la pena de muerte requeriría ser demostrada mediante indagaciones empíricas, sociológicas y estadísticas, las que nunca han sido efectuadas en nuestro país. Por el contrario, las leyes de emergencia como la de Sánchez Cerro, la conformación de Cortes marciales, las sentencias condenatorias a la pena capital, dictadas repetidamente, y los fusilamientos practicados al amparo o no de un procedimiento judicial, parecerían demostrar que no existiría tal repugnancia. Recuérdese que en 1924, casi inmediatamente después de puesto en vigencia el Código penal, y no figurando la pena capital en la legislación penal militar, fue impuesta y cumplida contra el coronel Samuel Alcázar y el teniente Carlos Barreda, por la rebelión de Cajamarca. El Ministro de Gobierno de Leguía, Jesús Salazar «asumió públicamente la responsabilidad de los fusilamientos en la sesión de la Cámara

---

41 ESPINO 1974: 19.

de Diputados celebrada el 2 de diciembre de 1924. La Cámara le otorgó un voto de aplauso por unanimidad». <sup>42</sup> Este mismo Congreso había aprobado el Código penal de 1924. También podría decirse contra el primer argumento del codificador que la aprobación por el Congreso, expresión máxima de la voluntad popular, de la disposición constitucional que admite la pena de muerte demostraba que el pueblo estaba a favor de esta sanción. Justamente, este argumento, igualmente apriorístico, fue invocado por el gobierno del tirano Manuel A. Odría. Por Decreto Ley N° 10976, del 25 de marzo de 1949, se estableció la pena de muerte para los delitos de homicidio calificado (artículo 151 y 152) y de traición a la patria (artículos 289 y 290). El cuarto considerando de este Decreto Ley dice «que el motivo que se tuvo para omitir la pena capital en nuestro Código, de que la voluntad popular la rechaza, ha sido desvirtuado con posterioridad, ya que la Asamblea Constituyente de 1933, depositaria y traductora de esa misma voluntad popular y de la soberanía nacional, dispuso la vigencia de dicha pena». <sup>43</sup> Por último, señalemos en relación a la animadversión del pueblo peruano contra la pena capital que no constituye una muestra clara de su existencia el hecho que las personas, luego de reaccionar violentamente contra el horrendo crimen, manifiestan compasión y pidan clemencia a favor del delincuente, cuando es inminente la ejecución de la pena capital impuesta. Este fenómeno no es peculiar a nuestra sociedad, se presenta generalmente en todas, y su expresión era más violenta y persistente cuando la ejecución era pública y estaba acompañada de suplicios. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a los efectos de la ejecución pública y a la participación del pueblo. Foucault, <sup>44</sup> citando a H. Fielding, dice que a «lo largo de todo el recorrido, el condenado era reconfortado por la compasión de quienes tienen el corazón tierno; por los aplausos, la admiración y la envidia de quienes son rebeldes y endurecidos». Este mismo autor <sup>45</sup> nos recuerda que, muchas veces, el condenado era convertido en héroe popular, debido a su larga lucha contra sus perseguidores y su constante alegato de inocencia, o era considerado santo, si se mostraba arrepentido y pedía perdón a Dios y a los hombres por sus crímenes. Con ocasión de estos hechos, se desarrolló toda una literatura popular y ligera en la que se proclamaba la justificación de la pena y alababa a la justicia; pero, también se glorificaba al criminal. Los reformadores del derecho penal, anterior a las grandes codificaciones, se dieron cuenta de que la pena capital y el modo de ejecutarla no solo intimidaban a las personas sino que también provocaban

---

42 BASADRE, T. XIII: 138; BASADRE, T. XIV: 224.

43 ESPINO 1974: 538.

44 FOUCAULT 1975: 64.

45 FOUCAULT 1975: 70.

reacciones populares contra el poder del soberano, lo cual se concretaba tanto en la comisión de pequeños delitos como en el intento de salvar o victimar al condenado. Esta compleja situación influyó en ellos para insistir en la humanización del sistema represivo.

En las disposiciones legales posteriores al Decreto Ley N° 10976, no se volvió a hacer referencia al supuesto consenso nacional en favor o en contra de la pena capital.

### 3. La Defensa Social y la pena capital

La seguridad social a la que se hace referencia en el segundo argumento abolicionista de nuestro legislador, no es lo mismo que la defensa social a que se refieren los autores modernos que siguen o se aproximan a la concepción de Marc Ancel sino más bien recuerda la expresión «seguridad interior» utilizada para designar leyes dictatoriales (Decreto Ley N° 11049). Esto mismo se puede afirmar en relación a los casos en que se utiliza expresamente dicha denominación. Así, por ejemplo, en el Decreto Ley N° 17388 que reprime con la pena de muerte los delitos de raptó y contra la libertad y el honor sexuales en agravio de menores, se dice, en su quinto considerando, «que la defensa social es función directa y preeminente de la justicia penal con el fin que su acción sea oportuna». Se trata, pues, de una concepción de la defensa social, superada totalmente hoy en día, que consiste en comprenderla como la protección de la sociedad contra el crimen, en la medida que esta protección trata de ser lograda mediante una represión severa de las infracciones cometidas.<sup>46</sup>

No es otro el criterio que primó al dictarse el Decreto Ley N° 19076 que incorporó, por primera vez, la pena capital en el Código penal. En su parte considerativa, se expresó que «la acentuación notoria e innegable de la criminalidad en el Perú en los últimos años, exige que se dote al Estado de los medios necesarios, por severos y drásticos que sean, para evitar su desintegración».

La concepción de nuestro codificador de 1924 fue más avanzada y positiva. Recordemos que citando a Franz von Liszt sostuvo que el «delincuente se encontraba al centro del derecho penal». Por eso cuando fundamentaba su posición abolicionista, se refirió a la «valorización económica de la vida», al «fondo de incertidumbre que existe en muchos casos sobre el carácter de los delincuentes» y a las «posibilidades futuras de adaptación». Consecuentemente, adoptó el sistema dualista de penas y medidas de seguridad, admitiendo que estas, en algunos casos, podían reemplazar a las penas privativas de la libertad. Su decisión de reemplazar la

---

46 ANCEL 1966: 20 s.

pena de muerte por el internamiento indeterminado pone, igualmente, en evidencia esa actitud. Este tipo de internamiento más que como una pena, está concebido como una medida de seguridad eliminatoria de los delincuentes más peligrosos, en razón a la gravedad del hecho cometido o de la naturaleza de sus personas. Lo que estaría ratificado por su afirmación de que la pena de 15 años de penitenciaría, impuesta en lugar de la pena de muerte durante la vigencia del Código penal de 1863, «corresponde a la criminalidad común» y «no garantiza la seguridad social». Si además de la abolición de la pena de muerte tenemos en cuenta que nuestro codificador estableció, junto a las medidas de seguridad, un sistema de penas medurado —lo que dio lugar a que se le calificara de «código blando»— comprenderemos fácilmente que su idea de «seguridad social» era diferente a la del autor del Decreto Ley N° 10976. Este último criticó, precisamente, la escala de penas del Código. Lo hizo en forma radical al manifestar que «la lenidad con que la ley penal actual sanciona los más abominables crímenes encuentra, por el contrario, el rechazo indignado de la conciencia pública, que ve en ella una forma de impunidad». Si consideramos que para el homicidio calificado y los casos graves de traición a la patria, el Código estatuyó la pena de internamiento, podemos apreciar mejor el rigor draconiano que pretendía darse a la legislación penal y que, en los años siguientes, se materializará. Primero, ampliando la aplicación de la pena de muerte; y, segundo, elevando de manera acentuada los márgenes de las penas privativas de la libertad. Un ejemplo claro es el Decreto Ley N° 12341, dictado por Odría en las postrimerías de su gobierno (10 de junio de 1955). Conforme a este Decreto Ley, las penas de penitenciaría no mayor de seis años o de prisión no menor de seis meses y la de penitenciaría no menor de tres años, previstas en el artículo 229 para el delito de secuestro de menores, fueron elevadas a la pena de internamiento, de penitenciaría no menor de diez años y de muerte. Esta última, en caso de fallecimiento del menor secuestrado. El 24 de enero de 1969, se aumentó aún más la severidad en relación con este delito. Según el Decreto Ley n° 17388, la pena de muerte se impondrá cuando la víctima fuere menor de siete años. En los considerandos de este Decreto Ley, se arguyó que «la pena capital tiene efectos intimidatorios, ejemplificadores y sancionadores que es menester utilizar en beneficio de la sociedad».

Al amparo de este criterio, estatuyó la pena capital para el delito de violación de menores de siete años de edad (artículo 199) y para los casos de asalto a mano armada, con concierto o banda, con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura a la víctima y esta falleciera (artículo 197).

Entre los decretos leyes señalados (1965 y 1969), se dictó la ley N° 15590 del 20 de agosto de 1965, por la que se amplió la noción de acto de traición a la patria y servicio a las armas extranjeras, comprendiéndose no solo a los previstos en los artículos 289 y 290, sino también, y en primer lugar, los actos contra la

seguridad militar, los de rebelión (artículos 302 y 305), los de sedición (artículo 307) y los previstos en los artículos 310 a 312 del Código penal; en segundo lugar, los casos correspondientes previstos en el Código de Justicia Militar. Estos actos deberían ser cometidos para alterar por la violencia o las guerrillas el orden constitucional, político y democrático de la República. Y, por último, se califican también como traición a la patria los delitos de asalto a los bancos, comercio, industrias y en general delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio cometidos para proporcionar recursos a las guerrillas. Las penas para los dos primeros grupos de infractores eran las de prisión o penitenciaría no menor de cinco años, internamiento o muerte. Para el tercer grupo, las mismas penas; pero las privativas de la libertad con un mínimo de 10 años. Acentuaba aún más el carácter represivo de esta ley, el hecho de que en ella se declaraba inaplicable el artículo 148, que prevé la imputabilidad relativa de los mayores de 18 años y menores de 21.

Un marcado cambio de esta tendencia a ampliar la aplicación de la pena capital, se produce en 1971 por obra del mismo gobierno que había dictado el Decreto Ley N° 17388, antes comentado. Por Decreto Ley N° 18968 del 21 de setiembre de 1971, se declara subsistente la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y homicidio como consecuencia de rapto y sustracción de menores. En ese Decreto Ley se estableció que en los demás casos se sustituye la pena de muerte por la de internamiento. Quien sostuvo dos años atrás que la pena capital era ejemplarizadora, intimidante y sancionadora, manifiesta al dictar el Decreto Ley n° 18968 que «se hace imperativa la aplicación de penas que cumplan la finalidad penal y social de readaptar al delincuente, como obligación legal del Estado y moral de la sociedad a la que aquel pertenece». Sin embargo, dos meses después, con ocasión de haberse producido una detonación en la capital, y alegando una situación de emergencia y la necesidad de sancionar drásticamente el empleo de explosivos con fines delictuosos, se restablece para estos casos la pena de muerte (artículo 3° del Decreto Ley N° 19049 del 30 de noviembre de 1971) y se aumenta fuertemente las penas privativas de la libertad para ciertos casos de delitos contra la tranquilidad pública y contra la seguridad pública (artículos 1° y 2° del mencionado Decreto Ley). Posteriormente, mediante Decreto Ley n° 19910 del 30 de enero de 1973, se establece la pena capital para el asesinato; se fija para el robo y el ataque a miembros de las Fuerzas Policiales, si resulta muerto el agraviado.

En los considerandos de este Decreto Ley, se hace referencia al aumento alarmante de la criminalidad, a la necesidad de reprimir y sancionar con la máxima severidad a los delincuentes y a la conveniencia de proteger la vida y el patrimonio de la población. Con esto se revela que la dación del Decreto Ley N° 18968 solo fue

coyuntural. Condicionada por el momento político que se vivía. Anecdóticamente es de recordar que con su promulgación se trataba de evitar el fracaso de una gira política del gobernante de turno por los departamentos del sur; en los que, por entonces, estaban pendientes de ejecución condenas a la pena de muerte.

El círculo de las disposiciones legales referentes a la pena de muerte, se cierra, con toda coherencia, con la dación del Decreto Ley N° 20828 del 3 de diciembre de 1974. El redactor de este Decreto, represor de atentados terroristas contra altos miembros del Gobierno, vuelve a recurrir al argumento de que «la sanción debe ser rápida, intimidante y ejemplarizadora». Con lo que se evidencia que la argumentación expuesta en los considerandos del Decreto Ley N° 18968, en favor de la pena como readaptadora de los delincuentes y de la readaptación como una obligación del Estado, solo tuvo un carácter oportunista.

## **IX. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y POLÍTICA CRIMINAL**

Dentro del proceso de alejamiento de las Fuerzas Armadas del Gobierno y el retorno a un régimen civil parlamentario, el gobierno de facto convocó a una Asamblea Constituyente. Esta elaboró la Constitución vigente, en la que se dispuso, con relación a la pena capital, que «no hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior». Este problema no provocó en el Parlamento ni en el Foro ni en las universidades el debate apasionado que tuvo lugar en anteriores oportunidades.

El sentido restrictivo de la disposición representa, sin duda alguna, un avance muy importante. Sobre todo, si se admite, como fue el caso en relación a las constituciones de 1920 y 1933, que dicha norma constitucional no significa un mandato imperativo para que sea impuesta, necesariamente, mediante la ley respectiva a los autores del delito mencionado.

Nos inclinamos a admitir esta interpretación, en razón a nuestra convicción profunda en favor de la abolición total de la pena capital. Esta es una sanción máxima e irreversible. El primer problema que plantea es el de la pena misma: ¿por qué se castiga?, ¿para qué se castiga, ¿qué se castiga? Es decir, se trata del cuestionamiento de todo el sistema punitivo. Dicho sistema solo puede encontrar justificación en el fin de corregir al culpable para asegurar su reintegración a la sociedad. La función punitiva no puede ejercerse ni organizarse impulsada por reacciones viscerales. Actualmente es inconcebible, en nuestra opinión, invocar la ley del talión para implementar en forma racional un sistema que proteja eficazmente los bienes jurídicos fundamentales, logrando una radical disminución de los delitos, que permita el desenvolvimiento normal de la actividad social. Dentro

de este marco no cabe la pena de muerte y tampoco las penas privativas de la libertad extremadamente drásticas.

Plantearse el problema de la justicia o injusticia, de la eficacia o ineficacia, del efecto intimidante o no de la pena de muerte, nos parece inconveniente. Muy bien hizo, por lo tanto, el codificador de 1924 cuando no estimó necesario «revivir la ardorosa discusión» sobre tales puntos.<sup>47</sup> De esta manera siguió el criterio defendido por la corriente de política criminal que inspiró al legislador suizo, cuyos proyectos le sirvieron de modelo, y que impulsara, justamente, desde sus orígenes la Unión Internacional de Derecho Penal (IKV), encabezada por von Liszt, Prins y van Hamel. Esta corriente se preocupó más del delincuente, de las circunstancias que lo conducen al delito y del tratamiento que necesita, en vez de propugnar la implementación de un aparato represivo eliminatorio, apabullante y degradante del delincuente.

En países como el nuestro deben meditar y acondicionarse a nuestra realidad las ideas e instrumentos punitivos elaborados en otras latitudes. Los pobres recursos materiales y personales del Estado deben ser sabiamente administrados para lograr organizar un sistema de leyes penales y de establecimientos de reclusión, y tratamiento conforme con los requisitos mínimos que aseguren la protección de los derechos fundamentales de las personas. En relación con esto, nuestra realidad social y política constituye una limitación que es de enfrentar con todo realismo.

La sola disposición constitucional que restringe la imposición de la pena de muerte al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, no constituye plena garantía que, a su amparo, no se vuelvan a multiplicar las leyes que la estatuyan. Dos casos concretos de nuestro pasado son de recordar al respecto. Uno remoto: en la Constitución de 1860 (artículo 16), se estatuyó que la pena de muerte solo podía imponerse en caso del crimen de homicidio calificado. Con esto se buscaba restringir su campo de aplicación. Pero, al año siguiente se puso en vigencia la ley respectiva y se consideraron, de manera vaga y confusa, tantos casos como homicidios calificados, que resultó desmesuradamente ampliado el campo de aplicación de la pena de muerte. El otro caso es más próximo a nosotros: estando vigente la Constitución de 1933, en la que se autorizaba la imposición de la pena capital a los autores de homicidio calificado, traición a la patria y de los demás delitos que señale la ley, se dictó la Ley N° 15590 del 20 de agosto de 1965, que amplió tanto lo que debe entenderse por traición a la patria que se comprendió, como lo hemos visto anteriormente, no solo el comportamiento calificado como tal por el Código penal, sino también a muchos otros

---

47 ESPINO 1974: 19.

atentados contra la vida, el patrimonio y la libertad, cuando fueran cometidos para ayudar a movimientos guerrilleros. Si tenemos en cuenta que nuestra jurisprudencia y doctrina admiten la concepción subjetiva del delito político, según la cual esta calidad la proporciona el móvil político por el que actúa el delincuente, podemos decir que mediante esta ley se restauró el «cadalso político». Si esto lo hizo un Parlamento, quién nos puede asegurar que en el futuro no se dicten leyes o decretos leyes que, alegremente y al amparo de la Constitución, amplíen abusivamente la aplicación de la pena de muerte mediante la redefinición de lo que es «traición a la patria» y de lo que se debe entender por «caso de guerra exterior».

Al respecto, son de tener presentes las nuevas orientaciones dadas al problema de la defensa nacional y del orden interno. Dicha defensa es planteada, ahora, en forma integral como defensa externa y defensa interna. Se considera que el enemigo no se encuentra, con frecuencia, fuera de nuestras fronteras, sino que está a su interior. En el artículo 270 de la Constitución, se declara que la «Defensa nacional es permanente e integral» y en el artículo 277, se señala que las Fuerzas Policiales (Guardia Civil, Policía de Investigaciones y Guardia Republicana) «participan con las Armadas en la Defensa Nacional».

La restricción extrema del campo de aplicación de la pena de muerte, establecida en la nueva Constitución, representa un paso adelante muy importante. Sobre todo, porque en la práctica, si no se desvirtúa la declaración formulada en el artículo 235, solo se darán posibilidades muy remotas para la aplicación de la pena máxima. Este hecho comporta, asimismo, una actitud positiva que consiste en reconocer los limitados efectos intimidatorios que tienen las penas extremadamente severas; en especial, la pena de muerte. Esta actitud, inspirada en una correcta política criminal, se encuentra confirmada por la consagración del derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos «sanos y convenientes» (artículo 233, inc. 19); y, en particular, por la consagración de los derechos humanos fundamentales en el primer capítulo de la Constitución.

La importancia inmediata que este catálogo de derechos fundamentales tiene para el derecho penal radica en el hecho de que su reconocimiento constituye no solo una limitación de las funciones de control y de sanción que ejercen ciertos órganos estatales (Poder Judicial, Policía, etc.) sino también una restricción del poder que detenta el propio Estado para calificar un comportamiento como delictivo y amenazar a sus autores con la privación o restricción de sus derechos fundamentales. No todo bien merece ser protegido penalmente ni toda acción que lo dañe o ponga en peligro debe ser reprimida como delito.

Los derechos básicos reconocidos en la Constitución dan una pauta para saber cuáles son los bienes que deben ser penalmente protegidos; debiéndose valorar, previamente, si el tipo de atentado que se quiere evitar no podría ser impedido de otra

manera. A falta de otros criterios para determinar cuáles son los bienes jurídicos merecedores de ser protegidos penalmente, la directiva más clara y concreta es esta enumeración constitucional de los derechos fundamentales. Por esto, en anterior oportunidad, hemos afirmado que la Carta fundamental debe servir como base y marco de la actividad legislativa en materia penal. De modo más amplio y recordando lo dicho líneas arriba, se puede sostener que en ella se encuentran, al menos esquemática e implícitamente, los lineamientos de la política criminal del Estado.

Sin embargo, es de reconocer que al elaborar la Constitución no se ha tenido una concepción clara e integral de esta problemática. Esto es consecuencia de la falta de estudios e investigaciones sobre la realidad delictiva del país y sobre los recursos con que cuenta el Estado para combatir la delincuencia. Esto ha determinado, por ejemplo, que en ninguna de las disposiciones constitucionales se refleje la preocupación por acentuar el aspecto preventivo del sistema penal. Esto es patente, por ejemplo, en la falta de referencias a la obligación del Estado para tratar, curar o educar a las personas que han delinquirido en razón a deficiencias psíquicas, físicas o sociales y frente a las cuales, precisamente, la pura represión no tiene sentido. Esta omisión ha impedido, igualmente, que se estatuyan las garantías respecto a la aplicación de estas medidas: por ejemplo, la ampliación del principio de legalidad para que no se apliquen medidas de seguridad que no se encuentren previstas en la ley; la aplicación de la regla de la irretroactividad de las leyes que establezcan nuevas medidas más gravosas para el procesado; y, por último, que se consagre un sistema dualista en las relaciones existentes entre penas y medidas de seguridad a fin de que no se prive o restrinja de su libertad al responsable, en base a una ficción que distingue en abstracto entre una pena que reprime y castiga y una medida de seguridad que previene y cura.

## **X. ADENDA**

A pesar de la violencia cruenta de las acciones terroristas cometidas por Sendero Luminoso y de la posibilidad que dejaba el artículo 140 de la Constitución de 1993 para imponer la pena de muerte por el delito de terrorismo, esta no fue prevista en las diversas disposiciones penales dictadas para reprimir a los responsables. En su lugar, se recurrió a la pena de cadena perpetua para reprimir los casos más graves calificados de traición a la patria.<sup>48</sup> La explicación se encuentra en la barrera constituida por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4, inc. 2). La ampliación de la aplicación de la pena capital mediante la reforma constitucional no era posible sin denunciar la mencionada Convención.

---

48 Por ejemplo, el DL N° 25475, del 6 de mayo de 1992.

Sin embargo, hay que señalar que de manera continuada y, en particular, coincidiendo con la comisión de delitos graves, se planteaba el reestablecimiento de la pena de muerte en nuestra legislación. Esto era fundamentalmente debido al sentimiento de falta de seguridad producida por el deficiente funcionamiento del sistema policial, fiscal y judicial en la lucha contra la delincuencia. Uno de los lamentables resultados ha sido que la mayoría de las personas se pronuncian en favor de la pena capital. En la formación de la opinión pública partidaria de esta pena han jugado un papel importante los medios de comunicación y el oportunismo político.

Esta tendencia se ha hecho sobre todo patente en la década de los años noventa, durante la cual diversos parlamentarios de diferente pertenencia política presentan iniciativas parlamentarias para que se repriman ciertos delitos con la pena capital. Sin pretensión de ser exhaustivos, debemos señalar el proyecto de ley N° 00361 (26. 09. 95) en el que se propone la reforma el artículo 140° de la Constitución Política del Perú, previendo «la pena de muerte para el delito de violación de la libertad sexual de menores de 10 años». Casi en el mismo sentido, el proyecto de ley N° 01082, del 07.03.96, prevé que dicha pena se aplique en caso de que «se origine el deceso o se produzca lesión grave por el delito de violación sexual contra menores de edad». Con esta misma orientación, se presenta el proyecto N° 02179 del 31.10.1996. Lo mismo se buscó con el proyecto 01296 del 14.05.96, haciéndose hincapié en que la pena de muerte se aplicará también «a los autores de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal». En el mismo sentido y por parte de la misma parlamentaria, se insistió mediante el proyecto N° 01735 del 5 de setiembre de 1996. La substitución del texto del artículo 140 se planteó mediante el proyecto N° 01704 del 29 de agosto de 1996, diciéndose «la pena de muerte solo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra, terrorismo, y por delito de violación de la libertad sexual de menores de 10 años». Se planteó también, según el proyecto N° 01826, considerar «los casos de violación seguidos de muerte de menores de edad». Proposición semejante se hace en el proyecto N° 03329 del 6 de noviembre de 1996: «los autores de los delitos de violación sexual en agravio de menores de diez años de edad seguida de muerte o que origine limitaciones graves y permanentes, físicas o mentales, en la víctima». En el proyecto N° 03329 del 14 de enero de 1998, se estipula que «la pena de muerte solo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra, el de terrorismo, homicidio calificado y delito de violación de la libertad sexual seguida de muerte, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada». El proyecto N° 14812/2005-CR del 7 de abril de 2006 dispone «adicionar un párrafo al artículo 140° de la Constitución y modificar el artículo

173° del Código Penal, referente a la pena de muerte para los delitos de violación sexual en agravio de menores».

Con la finalidad de cumplir con una promesa electoral populista, Alan García, actual presidente, y su gobierno han propuesto volver a poner en vigencia la pena de muerte respecto a ciertos delitos. Esto ha propiciado que otros grupos políticos tomen la misma iniciativa. Estas propuestas han generado una amplia e intensa discusión en los diversos sectores de la sociedad. Dadas las importantes consecuencias nacionales e internacionales que puede tener la aceptación de tales iniciativas, era indispensable analizarlas y combatirlas firmemente. Para hacerlo nada mejor que abrir el debate y participar decididamente. Los diversos aspectos de la problemática de la pena de muerte son abordados en los otros textos de este volumen. El presente trabajo solo tiene como objetivo completar la dimensión histórica peruana de la cuestión.

**LA PENA DE MUERTE, NUEVO CENTRO  
DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES**

**EMMANUEL DECAUX**

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** La abolición por vía convencional. g. El Protocolo N° 6 al Convenio europeo de derechos humanos. **2.** Protocolo de derechos civiles y políticos dirigido a abolir la pena de muerte. **3.** Los estatus de los tribunales internacionales penales. **III.** La multiplicación de presiones diplomáticas. **1.** En el marco de la Unión Europea. **2.** En el marco de las Naciones Unidas. **IV.** La definición de los estándares jurisprudenciales. **1.** La Corte europea de derechos humanos. **2.** El Comité de los derechos humanos. **3.** La Corte internacional de justicia. **4.** La Corte interamericana de derechos humanos. **V.** La movilización de la diplomacia parlamentaria. **1.** Las Asambleas parlamentarias europeas. **2.** Las ONG. **VI.** Post scriptum.

**I. INTRODUCCIÓN**

Solo recientemente la cuestión de la pena de muerte ha sido considerada como una cuestión correspondiente a las relaciones internacionales. Primero, desde un punto de vista puramente formal, se trata de un asunto que concierne al orden interno de los diferentes Estados, soberanos de determinar su política penal y la

jerarquía de las penas previstas en sus códigos. La noción de *dominio reservado* se aplicaba sin dudar a «esos asuntos que relevan esencialmente de la competencia nacional de un Estado», en el sentido del artículo 2 § 7 de la Carta.<sup>1</sup> La noción de «orden público» interno solo ha servido ulteriormente para obstaculizar, en las relaciones bilaterales de cooperación penal internacional y, en particular, en materia de extradición, esta competencia exclusiva. Sin embargo, la idea de orden público internacional, al cuestionar la legitimidad de la pena de muerte cuando esta estaba legalmente estatuida en un país dado, es un fenómeno aún mucho más reciente.

En cuanto al fondo, los primeros instrumentos internacionales consagrados a los derechos humanos consideraban un lugar para la pena capital. Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, tanto los tribunales de Nuremberg y de Tokio como las jurisdicciones internas se pronunciaron sobre la pena de muerte. En ese momento, los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre demuestran que la cuestión de la abolición de la pena capital estaba en el orden del día. Paradójicamente, era el bloque soviético el que promovía la abolición en tiempo de paz,<sup>2</sup> siguiendo el ejemplo de la URSS, que la había abrogado en 1947. La enmienda soviética al artículo 3 sobre el «derecho a la vida» fue descartada en el seno de la 3ª Comisión, por 21 votos contra 9 —Cuba, la República Dominicana y México, junto al bloque soviético— y 18 abstenciones; el delegado británico precisó que este voto no debía ser considerado como un voto a favor o en contra de la pena capital.<sup>3</sup> Así mismo, René Cassin, declarándose personalmente contrario a la pena de muerte, se había opuesto a la maniobra soviética y, como Roosevelt, preconizaba no tratar la cuestión en el seno de la Declaración.

El debate de fondo no estaba en consecuencia cerrado. Por tanto, en el contexto europeo, el texto del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 consagra lo que parece ser una excepción de pleno derecho bajo el signo de una completa neutralidad jurídica y moral: «El derecho de toda persona a la vida queda protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionadamente, salvo en la ejecución de una condena a la pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena». A lo más esta doble exigencia de «legalidad» de la pena pronunciada por un «tribunal» —en el pleno sentido del Convenio, es decir, según la jurisprudencia, un tribunal independiente e imparcial, garantizando los derechos de la defensa— puede

1 Cf. ARANGIO-RUIZ 1990: 484.

2 SCHABAS 1993: 384 En setiembre 2001, a iniciativa del profesor Schabas, el *Irish Centre for Human Rights* y el *Centre de recherche sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire* de la Universidad Paris II han organizado en Galway un coloquio muy útil sobre «el derecho internacional y la abolición de la pena de muerte».

3 NU Doc. A/C.3/SR.103: 12.

descartar las ejecuciones sumarias o extrajudiciales, pero en cierta manera, estas garantías de procedimiento solo refuerzan la «legalidad» de la pena y, por tanto, su legitimidad en relación con la Convención.

La génesis más lenta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comportó una etapa importante en el derecho, al hacer aparecer la pena de muerte como un elemento residual.<sup>4</sup> Después de establecer el principio del derecho a la vida, en términos fuertes, el artículo 6 del Pacto de 1966 se refiere en efecto a la situación particular de los Estados no abolicionistas:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no hayan abolido la pena capital solo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena solo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

Así, el pacto se limita a considerar la situación de ciertos estados, para mejor encuadrar una práctica que aparece como manifiestamente derogatoria del principio del derecho a la vida, fijando límites expresos —la mención de los «crímenes los más graves», el principio de legalidad y el de la no retroactividad de las penas—, pero también implícitos mediante el reenvío a las otras disposiciones del Pacto, en particular en materia del proceso debido y del derecho a recurrir. Aún más, el artículo 6 llega a fijar otros límites, no materiales, sino personales a la pena de muerte; precisando:

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

Un último inciso esclarece más el espíritu de estas disposiciones particulares, concluyendo que: «Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital». Dicho de otra manera, lejos de reforzar el régimen jurídico de la pena capital, limitando sus excesos y «moderando» su aplicación, el Pacto apunta a una abolición progresiva. Esta táctica puede ser, evidentemente, discutida en el

---

4 SCHABAS 1993, p: 384; BOSSUYT 1987: 851

plano moral —en la medida en que la pena de muerte es considerada en sí como inaceptable, lo que excluye toda medida condescendiente—, pero sobre el plano político constituye una virtud pedagógica, colocando a los Estados no abolicionistas en la defensiva y multiplicando los obstáculos jurídicos hasta la derogación completa.

De hecho, la evolución del derecho internacional ha tomado diferentes caminos para lograr el objetivo final: la abolición general y universal de la pena de muerte. De una parte, la vía convencional, con una nueva generación de tratados dirigidos específicamente a la abolición de la pena capital; de otra, la vía diplomática, con la multiplicación de presiones colectivas en los diversos foros internacionales; pero también, el activismo judicial, en el cruce de los dos anteriores, con el fin de hacer consagrar las evoluciones en curso como estándares jurisdiccionales. Todos estos esfuerzos hallan eco político mediante la «diplomacia parlamentaria», que ha adquirido una importancia simbólica en la materia.

## II. LA ABOLICIÓN POR VÍA CONVENCIONAL

La evolución interna en los países abolicionistas se tradujo, en el curso de los años 80, en iniciativas diplomáticas orientadas a completar los principales instrumentos relativos a los derechos humanos, mediante protocolos adicionales.

### 1. Del Protocolo N° 6 al Convenio europeo de derechos humanos

Este Protocolo, adoptado el 28 de abril de 1983, prevé la abolición de la pena de muerte, «Considerando que los avances realizados en varios Estados miembros del Consejo de Europa expresan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte». En su artículo 1, proclama «abolición de la pena de muerte»: <sup>5</sup> «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado». Sin embargo, el artículo 2 prevé aún la posibilidad de un régimen residual, bajo el título «pena de muerte en tiempo de guerra»: «Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte para aquellos actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación en cuestión». Al mismo tiempo, el artículo 3 precisa que «No se autorizará ninguna derogación de las disposiciones del

---

5 Como es sabido, los títulos han sido agregados al redactarse el Protocolo N° 11, entrado en vigencia 1998.

presente Protocolo en base al artículo 15 del Convenio». Asimismo, las reservas son prohibidas.

La adopción del Protocolo N° 6 no cambia la situación de los Estados que conservan la pena de muerte en su legislación interna, pero, mediante un compromiso internacional, brinda un cerrojo suplementario para impedir todo retroceso. Los debates internos que tuvieron lugar en Francia, especialmente en el nivel parlamentario, con ocasión de la ratificación del Protocolo, muestran bien esas reservas mentales.<sup>6</sup> Es significativo que otros Estados, como el Reino Unido, aún habiendo abolido la pena de muerte en el plano legislativo, han rechazado durante mucho tiempo todo compromiso internacional en la materia que cuestionara la soberanía parlamentaria: solo en enero de 1999, el Reino Unido firmó el Protocolo N° 6 y lo ratificó el 20 de mayo de 1999. Además, Bélgica se ha beneficiado con una abolición de facto, puesto que esperó hasta el 10 de diciembre de 1998 para ratificar el Protocolo aun cuando lo había firmado desde su adopción en 1983. Esto la colocaba «en falta» frente a las iniciativas internacionales presentadas en nombre de los Doce y luego de los Quince.

Todas estas reticencias han dificultado a los Quince la definición de los principios comunes, como lo atestigua la Declaración relativa a la pena de muerte, que, anexa al Tratado de Ámsterdam, se limita, en relación al Protocolo N° 6, a «anotar» que «la pena de muerte ha sido abolida en la mayor parte de los Estados miembros de la Unión y que además no ha sido aplicada en ninguno de ellos». Por el contrario, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, adoptada en Niza en diciembre de 2000, comporta una toma de posición inequívoca en su artículo 2: «Nadie puede ser condenado a la pena de muerte, ni ejecutado». Esto va más allá de la letra del Protocolo N° 6: desde entonces los Quince constituyen un bloque.

Paralelamente, una presión colectiva ha sido ejercida de manera sistemática desde 1994 sobre los nuevos miembros del Consejo de Europa, para que tomen posición en favor de la abolición, suscribiendo el Protocolo N° 6 y declarando una moratoria sobre las ejecuciones. Así, limitándose a un solo ejemplo, la Asamblea parlamentaria, dando un opinión favorable a la adhesión de la Federación de Rusia al Consejo de Europa, ha exigido a esta, «firmar en el año el Protocolo y ratificar en los tres siguientes su adhesión [...] y prever una moratoria a las ejecuciones a partir del día de la adhesión»;<sup>7</sup> por su parte, de manera más vaga, el Comité de ministros ha tomado nota de los «compromisos tomados y de las seguridades para su puesta en ejecución dados por el Gobierno ruso en sus contactos, tanto con

---

6 Cf. en particular las opiniones de GUILLAUME/IMBERT sobre las reglas de denuncia del Protocolo N° 6, in PETTITI/DECAUX/IMBERT 1999: 1230.

7 Avis N° 193, Documents d'actualité internationale, N° 7, 1996: 277.

el Comité de Ministros como con la Asamblea parlamentaria»;<sup>8</sup> por su parte, de acuerdo con este compromiso, Rusia firmó el Protocolo el 16 de abril de 1997, aunque aún no lo ha ratificado a pesar de que ha respetado la moratoria. Solo Ucrania no ha respetado estos compromisos; bajo la cubierta de la proclamación de una moratoria, continúa practicando ejecuciones clandestinas a gran escala. La amenaza de un proceso de expulsión del Consejo de Europa la ha obligado a regularizar la situación ratificando el Protocolo el 4 de abril 2000.

De modo que el Protocolo N° 6 ha sido ratificado por 39 Estados de los 43 que forman parte el Consejo de Europa, y lo han firmado tres Estados: Rusia desde 1997, como antes hemos señalado, y Armenia y Azerbaiján el 25 de enero 2001.<sup>9</sup> Así, en el plano jurídico, actualmente hay que considerar tres situaciones: la del bloque de los Estados partes del Protocolo N° 6, la de los tres nuevos miembros que practican una moratoria sobre las ejecuciones capitales y, finalmente, la de Turquía, que es un «viejo» miembro del Consejo de Europa y a este título no ha suscrito la moratoria como los recién llegados, pero se encuentra cada vez más aislada y es objeto de presiones diplomáticas y judiciales redobladas (cf. *infra*). La Conferencia de los Ministros de Derechos Humanos del Consejo de Europa, reunida en Roma en noviembre 2000, en ocasión del 50 aniversario de la Convención Europea, ha establecido un balance de la situación para fijar nuevos objetivos, sobre una propuesta sueca:

12. Constatando que algunos Estados miembros no han procedido todavía a la abolición de la pena de muerte y a la ratificación del Protocolo N° 6 de la Convención,
13. Insta que los Estados miembros: ratifiquen, en el más breve plazo, si no lo han hecho todavía, el Protocolo N° 6, mientras tanto, respeten estrictamente las moratorias relativas a las ejecuciones, se abstengan de extraditar o expulsar individuos hacia países donde corren el riesgo real de ser condenados a muerte o ejecutados;
14. Invita: los Estados miembros que mantienen todavía la pena de muerte para los actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra, de encaminarse a la abolir; el Comité de Ministros, a examinar la posibilidad de hacer un nuevo Protocolo adicional a la Convención, excluyendo la posibilidad de mantener la pena de muerte para los actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra.<sup>10</sup>

---

8 Res. (96)2 del 8 febrero 1996.

9 STE N° 114, situación al 11 de noviembre 2001.

10 CM (2000), 172, Parte 1.

Este nuevo espacio convencional —anunciando un nuevo estrato jurídico, un Protocolo N° 13, reforzando el Protocolo N° 6, «completa» la Convención de 1950— marca fuertemente la voluntad de transformar al continente europeo en «un espacio sin pena de muerte». El único límite es evidentemente que este debate concierne las «ejecuciones judiciales», pronunciadas por un tribunal competente en el marco de la ley en vigor, y deja de lado la cuestión de las «ejecuciones extrajudiciales», particularmente en situaciones de crisis —como en Chechenia— y esto a pesar de los esfuerzos del Consejo de Europa en este campo.

## **2. Protocolo de derechos civiles y políticos dirigido a abolir la pena de muerte**

Paralelamente a esta evolución regional —que tiene su correlato en el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada el 8 de junio 1990 en Asunción— el Segundo Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dirigido a abolir la pena de muerte, ha sido adoptado por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1989 y vincula actualmente 36 Estados.<sup>11</sup> El preámbulo del Protocolo ilustra bien la dinámica convencional en marcha: «Convencidos de que la abolición de la pena de muerte contribuye a promover la dignidad humana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos, [...] subrayando que el artículo 6 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos se refiere a la abolición de la pena de muerte en términos que sugieren sin ambigüedad que la abolición de esta pena es deseable; convencidos de que todas las medidas tomadas respecto a la abolición de la pena de muerte deben ser consideradas como un progreso respecto al goce del derecho a la vida», los Estados se manifiestan «deseosos de tomar mediante el presente Protocolo, el compromiso internacional de abolir la pena de muerte». El Protocolo mismo no autoriza ninguna reserva: «fuera de la reserva formulada al momento de la ratificación o adhesión y previendo la pena de muerte en tiempo de guerra a causa de una condena por un crimen de carácter militar, de gravedad extrema, cometido en tiempo de guerra» (artículo 2).

---

11 Situación al 11 de noviembre 2001, la última ratificación es la de la Bosnia-Herzegovina depositada el 16 de marzo 2001. Entre estos 36 Estados, 22 son miembros del Consejo de Europa y tienen por tanto, salvo Azerbaiján, quien está ligado por el Protocolo de las NU desde 1999, ratificado los dos instrumentos. Pero ciertos Estados abolicionistas permanecen en la expectativa, como Francia, quien parece paralizada por consideraciones constitucionales en la medida en que el Protocolo N° 2 no prevé una cláusula de denuncia, a diferencia del Protocolo N° 6, que había sido efectuada por el Consejo constitucional en su decisión del 22 de mayo 1985. Cf. FAVOREU 1985: 868.

El interés por esta disposición es doble: en tanto compromiso convencional, el Protocolo modula una extensión de control ejercido por el Comité de Derechos Humanos en relación con Estados que no lo han ratificado; al mismo tiempo, se inscribe en el derecho de las Naciones Unidas como un «hecho consumado». El origen del Protocolo ha sido, sin embargo, difícil, y su adopción por la Asamblea General ha dado lugar a un voto muy dividido, 59 a favor, 36 en contra y 48 abstenciones.<sup>12</sup> Las pocas ratificaciones confirman las reticencias de los Estados, pero desde la Conferencia mundial sobre los derechos humanos de 1993, la Declaración y el programa de acción de Viena, sin mencionarlo de manera expresa pero mediante una alusión transparente (en la época, en efecto, solo el Pacto relativo a los derechos civiles y políticos comportaba protocolos), «recomienda vivamente que se haga un esfuerzo concertado para alentar y facilitar la ratificación de los tratados y protocolos de derechos humanos adoptados en el marco del sistema de las Naciones Unidas, y la adhesión a ellos, o la sucesión en los mismos, con el propósito de conseguir su aceptación universal».<sup>13</sup>

### 3. Los estatus de los tribunales internacionales penales

Asimismo, cuando se crearon los dos tribunales *ad hoc*, la cuestión de la pena de muerte respecto de los peores «crímenes internacionales» fue excluida por principio. Sin duda, es difícil fundar esta decisión sobre «los deseos de las Naciones Unidas expresados por la Asamblea General en su resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989».<sup>14</sup> Pero dos elementos han sido determinantes. Las iniciativas tomadas por los Estados europeos para la creación de un tribunal *ad hoc*, especialmente aquellas de Francia y luego de Italia, así como el informe Corell-Türk en el marco de la CSCE, iban todas en este sentido. Así, Alain Pellet, el informador del comité presidido por Pierre Truche, escribía: «el Comité está decididamente opuesto a la pena de muerte, tan abominables que sean las infracciones, ‘utilizar contra los terroristas la lógica de muerte que ellos practican sin merced, es para una democracia hacer suyos los valores de los terroristas’, solo queda pues la reclusión perpetua».<sup>15</sup> Frente a estas convicciones nacionales firmes, todo retroceso en el plano internacional habría arriesgado dificultar la cooperación penal de los Estados abolicionistas con el Tribunal *ad hoc*. Además, la Organización de las Naciones Unidas se encontraba vinculada por los estándares fijados bajo sus auspicios.

12 Res. 44/128. Cf. SCHABAS 1993: 170.

13 2 § 4: NU, 1995: 534

14 LESCURE 1994: 124.

15 Kovacs, en Ascensio/Decaux/Pellet 2000: 843.

El informe del Secretario General precisa de este modo que «el Tribunal internacional no debería estar habilitado para imponer la pena de muerte».<sup>16</sup> Lo que expresa el artículo 24 de Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia sobre las «Penas»: «la Cámara de primera instancia solo impone las penas de prisión [...]». Como se sabe, la resolución 827 por la que se crea el TPIY ha sido adoptada a la unanimidad por los 15 miembros del Consejo de Seguridad, comprendidos los Estados Unidos y la China. La misma cuestión se ha planteado para el TPIR, en un contexto jurídico diferente, porque Ruanda reclamaba que se mantenga la pena de muerte, pero hubiera sido inconcebible revisar el precedente del TPIY, instaurando dos pesos y dos medidas según los continentes.<sup>17</sup> Es una de las razones que explican el voto negativo de Ruanda, que formaba entonces parte del Consejo de Seguridad: la resolución 955 fue así adoptada por 13 votos contra uno y la abstención china.

La cuestión de principio se planteó de nuevo en el ámbito convencional en la conferencia de Roma sobre el estatuto de la Corte penal internacional. Según el artículo 77 del estatuto sobre las penas aplicables, «la Corte puede pronunciar contra una persona declarada culpable de un crimen previsto en el artículo 5 del presente estatuto una de las siguientes penas: a) una pena de prisión de un máximo de treinta años; b) una pena de prisión perpetua, si la extrema gravedad del crimen y la situación personal del condenado la justifican».<sup>18</sup>

Sin embargo, la victoria de los abolicionistas no es completa y, bajo el título «el Estatuto, la aplicación de las penas por los Estados y el derecho internacional», el artículo 80 especifica en el cuerpo mismo del tratado que «nada en el presente capítulo del Estatuto afecta la aplicación por los Estados de penas que prevean su derecho interno, ni la aplicación del derecho de los Estados que no prevean las penas previstas en el presente capítulo». Se trata sobre todo de una declaración interpretativa de la parte del grupo de los objetores persistentes —dirigidos especialmente por Egipto, Jordania, Singapur y Malasia—, que mina la pretensión de los abolicionistas de deducir alguna *opinio juris* de la adopción unánime del Estatuto. Aún aquí, el argumento procesal deducido de la indispensable cooperación con la Corte de parte de los Estados abolicionistas —que serán sin duda también los primeros Estados partes— ha sido puesto en primer plano, por falta de argumento de principio en favor de la abolición.

---

16 S/25704, § 112. Basic Documents — Documents de référence, TPIY, 1995.

17 Aún si esta posición de principio crea una fosa entre la justicia del Tribunal penal internacional y la justicia de Ruanda (local), con sus ejecuciones públicas.

18 Bourdon/Duverger 2000:370.

De manera que, en cierta manera, los progresos del derecho no hacen sino acentuar las resistencias. Los tratados que se acumulan en el plano regional y en el marco universal solo convencen a los convencidos, quienes derogan así la pena de muerte, tres veces más que una, mientras los demás Estados invocan cada vez con más frecuencia su soberanía para definir la política penal de su conveniencia y rechazan dejarse vincular por tratados internacionales en la materia.

### III. LA MULTIPLICACIÓN DE PRESIONES DIPLOMÁTICAS

#### 1. En el marco de la Unión Europea

El segundo informe anual de la Unión Europea sobre los derechos humanos, presentado por la presidencia francesa en diciembre de 2000, se ocupa ampliamente de la cuestión de la abolición de la pena de muerte: «los Estados miembros de la UE son de la opinión que la pena de muerte, irreversible, es una sanción especialmente inhumana. En consecuencia, la UE la niega en todos los casos y ha decidido obrar para que sea abolida universalmente. Ella se inquieta de que 87 Estados la mantengan, aun cuando solo una minoría (una treintena) proceda a ejecuciones cada año. En el contexto de su objetivo de abolición universal, la UE ha definido una serie de orientaciones para determinar las circunstancias en las cuales debería llevar a cabo acciones específicas y puntuales. Estas orientaciones prevén que la UE aliente a los países a adherirse al Segundo Protocolo facultativo relativo al Pacto internacional de los derechos civiles y políticos y a los instrumentos regionales análogos, y planteará la cuestión en el seno de las instancias internacionales».<sup>19</sup>

El informe invoca de manera muy precisa tres actividades bilaterales a realizar, de acuerdo con las «orientaciones para la política de la UE en relación con los países terceros relativas a la pena de muerte», previendo:

- evocar este tema, cuando haya lugar, con ocasión de diálogos políticos con estos países;
- intervenir cuando haya amenaza de restablecimiento de la pena de muerte o de cese de una moratoria oficial o de facto;
- sostener o manifestar públicamente si un país toma medidas orientadas hacia la abolición;
- gestiones individuales si se dan violaciones de las normas mínimas en la materia.

---

<sup>19</sup> Rapport: 30. Para más informaciones sobre esta acción diplomática, cf. nuestro informe al coloquio de Galway, precitado.

Las «orientaciones para la política de la UE en relación con los países terceros relativas a la pena de muerte» que figuran en anexo al informe, desarrollan estos diversos puntos, precisando en particular las doce «normas mínimas» que deben ser respetadas. Así, en el marco del «diálogo político», la cuestión ha sido evocada en las reuniones semestrales entre la «troica europea» y los Estados Unidos, en víspera de la sesión de la Comisión de Derechos Humanos y de la Asamblea General de la ONU. Junto al diálogo político con la China, el «diálogo específico sobre los derechos humanos» ha versado sobre la pena de muerte, especialmente en ocasión de la «semana jurídica» organizada en Lisboa por la presidencia portuguesa en mayo de 2000. Como lo precisa el último informe anual: «el recurso excesivo a la pena de muerte en China continúa preocupando profundamente la UE. Esta preocupación ha sido expresada varias veces en el marco del diálogo relativo a los derechos humanos. La UE ha pedido insistentemente a las autoridades chinas vigilar que la Corte Suprema del pueblo examine todos los recursos, e informarle sobre el número de ejecuciones así como proporcionarle sobre otros recursos a la pena de muerte».<sup>20</sup>

Algo más, las conclusiones del Consejo «Asuntos Generales» reunido en Bruselas el 20 de marzo 2000, en víspera de la 56ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos, acentúan el hecho de que «a pesar de las reformas recientes del marco jurídico chino, los delitos no violentos, comprendidos aquellos de índole económica, que son todavía pasibles de pena de muerte, no pueden ser más considerados como delitos graves según la definición establecida por las autoridades chinas».<sup>21</sup>

## **2. En el marco de las Naciones Unidas**

Esta acción diplomática multiforme tiene su prolongación natural en el terreno multilateral, en especial en el seno de la ONU. Desde hace mucho tiempo, trabajos técnicos importantes son llevados a cabo allí, con informes quinquenales, basados sobre cuestionarios dirigidos a los Estados y completados por las informaciones de las organizaciones internacionales y de las ONG. Los informes quinto y sexto redactados por el profesor Roger Hood<sup>22</sup> comportan una evaluación de la situación que tiene el mérito de ser actualizada regularmente.

Se podría igualmente desear que estos datos oficiales sean mejor conocidos. Para no citar sino un solo ejemplo, por el periodo de cinco años (1994-1998), cubierto por el sexto informe, el Turkmenistán alcanza —con 373 ejecuciones— 14,9 ejecuciones por millón de habitantes, seguido de Singapur —con 206 ejecuciones— con

---

20 Rapport: 32.

21 Rapport: 130.

22 HOOD 1989.

13,7 ejecuciones por millón. Lejos adelante —si se osa decirlo— la China con 12.000 ejecuciones en cinco años, es decir 2 por millón y los Estados Unidos con 274 ejecuciones, 0,2 por millón — diez veces menos que la China.

En datos brutos, Irán con 505 ejecuciones, Arabia con 465 ejecuciones y Ucrania con 389 sobrepasan igualmente los Estados Unidos por el periodo quinquenal considerado. Es chocante señalar que los dos Estados participantes en la OSCE, Turkmenistán y Ucrania, han debido reconsiderar su posición, bajo la presión colectiva de sus copartidarios europeos y devenir abolicionistas; Ucrania ratificando el Protocolo N° 6 a partir del primero de mayo de 2000, después de ser amenazada de ser expulsada del Consejo de Europa. Inversamente, se ve muy claro: la constitución de un «frente de rechazo» con los Estados que se oponen a todos los esfuerzos realizados para hacer avanzar la abolición en el seno de la ONU.

Desde hace cinco años, el debate político se da en este frente con un suceso desigual. Primero, en el marco de la Comisión de Derechos Humanos —compuesta por 53 Estados que constituyen un verdadero microcosmos geopolítico de las Naciones Unidas— donde la UE ha logrado hacer adoptar cada año, desde hace cinco años, una resolución sobre la «cuestión de la pena de muerte».

La primera resolución fue adoptada en 1997 por 27 votos contra 11 —14 abstenciones, una de ellas la del Reino Unido— no sin una batalla de enmiendas y la solicitud de Malasia de un voto nominal.<sup>23</sup> La Comisión se declara «convencida de que la abolición de la pena de muerte contribuye al reforzamiento de la dignidad humana y a la ampliación progresiva de los derechos fundamentales». Ella incita a los Estados a ratificar el Protocolo N° 2 e «insta a todos los Estados que mantienen la pena de muerte a cumplir plenamente las obligaciones que han asumido en virtud del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y de la Convención sobre los derechos de los niños, en particular la obligación de solo imponer la pena de muerte en caso de los crímenes más graves, de no pronunciarla en caso de personas menores de 18 años y en el caso de mujeres encinta y de garantizar el derecho de pedir la gracia o la conmutación de la pena». Además, pasando de las obligaciones deducidas del derecho convencional a los «estándares» surgidos del derecho declaratorio, ella «exige a todos los Estados que conservan la pena de muerte respetar las garantías para la protección de los derechos de las personas pasibles de la pena de muerte enunciadas en el anexo de la resolución 1984/50 del Consejo económico y social». Por último, «demanda a todos los Estados que no han todavía abolido la pena de muerte a limitar progresivamente el número de infracciones pasibles de pena de muerte», antes de solicitarles «proyectar la suspensión de las ejecuciones, con miras a abolir definitivamente la pena de muerte».

---

23 Res. 1997/12, del 3 abril de 1997.

Se encuentra la misma serie de recomendaciones en la resolución adoptada en 1998, por 26 votos contra 13, con 12 abstenciones, que exige expresamente a los Estados «instituir una moratoria sobre las ejecuciones, con la finalidad de abolir definitivamente la pena de muerte».<sup>24</sup>

Al año siguiente, en 1999, se dio un paso suplementario con una redacción aún más firme, que obtuvo el apoyo de 30 votos contra 11 y 12 abstenciones. Desde entonces, la UE solo ha podido retomar el lenguaje adoptado, sin hacer nuevos progresos en la redacción, viendo deteriorarse su récord a medida que se renueva la Comisión. La adopción de la resolución de abril 1999 no se logró sin dificultades y abrió una crisis seria entre la UE y Canadá por la redacción del párrafo concerniendo la extradición. En su redacción final, la resolución «ruega a los Estados que han recibido un pedido de extradición relativo a una persona que incurre en pena de muerte de reservarse explícitamente el derecho de rechazar la extradición si no reciben de las autoridades competentes del Estado solicitante seguridades concretas de que la pena capital no será aplicada» (§ 5). Otras disposiciones nuevas apuntan indirectamente a los Estados Unidos, en particular cuando se pide a los Estados «satisfacer integralmente sus obligaciones internacionales, en especial aquellas que han contactado en virtud de la Convención de Viena sobre las relaciones consulares» y «no ejecutar a nadie mientras un proceso jurídico que lo concierne esté en curso en el nivel internacional o nacional» (§ 3d).<sup>25</sup>

En cuanto al fondo, los estándares internacionales son también precisados cuando la resolución solicita a los Estados que mantienen la pena de muerte «cumplir plenamente las obligaciones que han contraído con el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos y la Convención sobre los Derechos de los Niños, sobre todo la obligación de solo imponer la pena de muerte respecto a los crímenes más graves y en virtud de una sentencia final dictada por tribunal competente, independiente e imparcial, de no pronunciarla en el caso de menores de 18 años y de mujeres embarazadas, y de garantizar un proceso debido y el derecho a pedir la gracia o la conmutación de la pena (§ 3<sup>a</sup>). Haciendo esto, la Comisión explicita las garantías judiciales previstas en el Pacto, pero va más lejos en el terreno normativo, pidiendo a los Estados «no formular, a título del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nuevas reservas que puedan ser incompatibles con el objeto y fin del Pacto y retirar todas las reservas de ese tipo que podrían existir, considerando que el artículo 6 del Pacto consagra las reglas mínimas para la protección del derecho a la vida y las normas generalmente aceptadas en este dominio» (§ 3c). Además, yendo más allá de las garantías mínimas previstas

---

24 Res. 1998/8, del 3 de abril de 1998.

25 Res. 1999/61, del 28 de abril de 1999.

por el Pacto, la Comisión pide a los Estados «vigilar que la noción de ‘crímenes los más graves’ solo sea ampliada a los crímenes intencionales de consecuencias fatales o extremadamente graves y a que la pena de muerte no sea impuesta por delitos financieros, no violentos y los actos no violentos vinculados a la práctica religiosa o a la expresión de convicciones» (§ 3b) y «no imponer la pena de muerte a las personas afectadas de alguna enfermedad mental, ni de ejecutar tales personas» (§ 3e).

En el año 2000, el texto de la resolución patrocinada por la UE fue casi idéntico, pero solo obtuvo 27 votos contra 13, con 12 abstenciones.<sup>26</sup> Lo mismo sucedió en 2001, 27 votos a favor, 18 en contra y 7 abstenciones.<sup>27</sup> La iniciativa de la UE parece pues alcanzar, al largo de los años —y de las renovaciones parciales de más en más aleatorias de la Comisión— un punto muerto *d'étiage*, con esta mayoría absoluta siempre amenazada por en bloque de Estados determinados.

Esto es aún más notable debido a que, al dirigirse el 30 de marzo de 2001 a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el presidente de la República francesa, Jacques Chirac, hizo de esta cuestión una de las prioridades de su mensaje: «Sobre la pena de muerte también debemos progresar. Más de 100 países la han abolido, seguidos cada año por tres o cuatro nuevos Estados, a medida que se acentúa la convicción que en ningún caso la muerte puede constituir un acto de justicia. Además, ninguna justicia es infalible y cada ejecución puede matar un inocente. ¿Y qué decir de las ejecuciones de menores o de personas deficientes mentales? Llamo a la abolición universal de la pena de muerte, cuya primera etapa será una moratoria general».<sup>28</sup>

Como respuesta a este vibrante discurso, el delegado de Singapur libró un ataque en forma contra la táctica europea, que sería una pérdida de tiempo para la Comisión: «*This year, the EU has once again submitted an almost identically the same draft resolution with only slight revisions for updating purposes. This means that for five consecutive years, the Commission of Human Rights has been asked to adopt identically the same draft resolution; and which it did adopt, at least for the past 4 years. [...] Is it because, in their view, unless a draft resolution is adopted by consensus or unanimity, it would be devoid of political or moral standing? From the point of view of streamlining and rationalising the work of the commission, should it be purposeful for the Commission to adopt identically the same resolution year after year?*» Para el distinguido diplomático, el debate internacional está «agotado», más aún existe desde la noche de los tiempos: «*my remarks are not intended to provoke a debate, but I would urge members of the*

26 Res. 2000/65 del 26 abril de 2000.

27 Res. 2001/68 del 25 abril de 2001.

28 Documents d'actualité internationale, *La Documentation française*, N° 11, juin 2001: 385.

*Commission to consider their action against what we as members of the UN and of this institution, have strived: to preserve the credibility and moral authority of the Commission in carrying out its role as a body to prevent massive and persistent violations of human rights, and not as an arbitrator in a debate which has captivated us ever since Cain slew Abel*”.<sup>29</sup>

El contexto es todavía más sensible en el marco de la Asamblea General.

Por haber tratado de transformar su éxito ante la Comisión, en la primavera de 1999, con un proyecto de resolución presentado en otoño en la Asamblea General por iniciativa de la presidencia finlandesa, la UE debió dar marcha atrás y retirar su texto, frente a las enmiendas que cuestionaban el espíritu de su resolución e insistiendo sobre la plena soberanía de los Estados para escoger su sistema penal. Como lo señala sobriamente el informe sobre los derechos humanos de la UE dando cuenta de la 54ª sesión de la Asamblea General: «por fin la UE ha tratado por primera vez de hacer adoptar una resolución sobre la pena de muerte retomando los términos del texto adoptado, a su iniciativa, por la Comisión de Derechos Humanos. A pesar del apoyo importante (72 países habían apadrinado el proyecto) el proyecto europeo de resolución chocó con la firme oposición de los países favorables a conservar la pena de muerte, determinados a incluir en el texto una serie de enmiendas que hubieran limitado sus alcances. La UE decidió en consecuencia no continuar con su iniciativa en la Asamblea general y suspenderla momentáneamente».<sup>30</sup>

#### **IV. LA DEFINICIÓN DE LOS ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES**

A falta de una apreciación global, a través el derecho declaratorio que halla allí también sus límites, pondremos el acento sobre lo contencioso, trátase del cuadro jurídico de referencia o del objeto del procedimiento, que convergen para someter a la pena de muerte a proceso.

##### **1. La Corte europea de derechos humanos**

Esta corte, en la famosa sentencia Soering del 7 de julio de 1989, estableció un punto de partida.<sup>31</sup> Entonces, Inglaterra no había ratificado el Protocolo N° 6 y el derecho aplicable era la Convención de 1950. En la ocurrencia, solo una voz

---

29 Statement by the Singapore Delegation on the question of the death penalty, 17 de abril de 2001.

30 Rapport: 46.

31 Soering c.Royaume-Uni, sentencia del 7 julio de 1989, serie A, N° 161.

aislada se hizo escuchar para considerar que la pena de muerte como tal era una violación del artículo 3 de la Convención. Pero la Corte estimó que las modalidades de ejecución en el Estado de Virginia, con el síndrome del «corredor de la muerte» eran tales que se revelaban como «penas o tratamientos inhumanos degradantes» prohibidos por el artículo 3. La sentencia es tanto más interesante porque concierne un procedimiento de extradición y, por tanto, la hipótesis de una violación futura cometida en un Estado tercero. Esta jurisprudencia da una dimensión extraterritorial a los estándares europeos. Ella prohíbe toda extradición o toda expulsión hacia un país que no brinde las garantías requeridas. Haciendo esto, la Corte implementa un orden público europeo, impidiendo a un Estado miembro «restablecer» de manera indirecta la pena de muerte. Más aún, la ratificación del Protocolo N° 6 por el conjunto de Estados miembros del Consejo de Europa refuerza la norma de referencia, ya que desde ese momento es la pena de muerte en sí la que es contraria a la Convención. Esta posición de principio pesa plenamente en materia de cooperación judicial con los Estados Unidos, especialmente en la lucha común contra el terrorismo —que es de actualidad— o en la puesta en obra del principio de subsidiaridad previsto por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Queda una segunda hipoteca para la Corte Europea, con la situación de Turquía, único país del Consejo de Europa que no ha suscrito el Protocolo N° 6. La cuestión está en el centro del asunto Ocalan, que ya ha sido objeto de una serie de decisiones preliminares. Desde el 30 de noviembre de 2000, la Corte había pedido a Turquía, a título de medidas conservadoras, suspender la ejecución a la espera de que culmine el examen de la demanda. El 14 de diciembre Turquía se pronunció sobre la recepcionabilidad. Como lo señala Jérôme Benzimra-Hazan, «el espectro de la ‘pena de muerte’ está omnipresente en este asunto. El recurrente planteaba que la pena pronunciada en su contra violaba, en consideración de la ‘práctica’ del conjunto de los Estados contratantes, el artículo 2 de la Convención (derecho a la vida), y que el ahorcamiento era, en razón de los sufrimientos agudos resultantes, un ‘tratamiento inhumano’, prohibido por el artículo 3 de la Convención; se consideraba víctima de una discriminación contraria al artículo 14, teniendo en cuenta la ‘práctica clara’ del Gobierno turco, consistente, desde 1984, a no aplicar esta pena. La Corte Europea recurrirá así probablemente a los artículos 2 y 3 en lo que concierne a la pena de muerte. Pues, si la guerra o el ‘peligro inminente de guerra’ puede hacer factible la aplicación de la pena capital, conforme al artículo 2 del Protocolo N° 6, estas circunstancias no atenúan por cierto el carácter inhumano o degradante de una pena en el sentido del artículo 3 de la Convención».<sup>32</sup>

---

32 Cf. el estudio de BENZIMRA-HAZAN 2001: [www.revue-df.org](http://www.revue-df.org).

## **2. El Comité de los derechos humanos**

Más allá de la cuestión de fondo, es el reforzamiento de las garantías procesales lo que parece esencial, juntándose a las prioridades de las demás jurisdicciones internacionales llamadas a pronunciarse sobre el tema en un contexto no abolicionista. La comparación con las decisiones «casi jurisprudenciales» del Comité de Derechos Humanos muestra bien la diferencia en el tiempo y en el espacio. Debiendo pronunciarse sobre las diversas comunicaciones contra Canadá respecto a pedidos de extradición hacia los Estados Unidos, el Comité de Derechos Humanos se ha alejado de la jurisprudencia de la Corte Europea en el asunto Soering, aun cuando Canadá era un Estado abolicionista.<sup>33</sup> La mayoría del Comité concluyó ‘ausencia de violación’, pero una minoría importante lamentó esta toma de posiciones. Como lo precisa Christine Chanet, el miembro francés del Comité, «el § 2 del artículo 6 sobre el que la mayoría fundó su razonamiento solo concierne a los Estados que no hayan abolido la pena de muerte y puede ser aplicado al Canadá; la extradición por este hacia un país donde se ha incurrido en la pena de muerte o ya ha sido pronunciada por uno de ellos era una manera de reintroducirla y esto de manera discriminadora, respecto solo a los extranjeros en violación del artículo 6 § 1 y del artículo 16 del Pacto. El artículo 6 prevé las condiciones que deben ser respetadas cuando la pena de muerte existe, no autoriza tener esta pena en su arsenal jurídico».<sup>34</sup>

Tratándose de países no abolicionistas, sobre todo en la región del Caribe, el Comité ha considerado mucho tiempo que el síndrome del «corredor de la muerte» no constituía una violación del Pacto, cualquiera que sea su duración.

Posteriormente a una decisión del Consejo privado de la Cámara de los Lores, el Comité ha vuelto sobre esta posición en el asunto Pratt y Morgan vs Jamaica, y se ha cerrado en distingos bastante especiales sobre los métodos de la ejecución capital. Pero el Comité ha tenido el gran mérito de subrayar el papel crucial de las garantías judiciales en la materia, sea que se trate de recursos internos o internacionales, y en especial del «control» efectuado por el Comité mismo. De esta manera, ha destacado las disposiciones procesales descuidadas hasta entonces, como el artículo 41 sobre las «comunicaciones» y aún la disposición del reglamento interior sobre las «medidas conservatorias». En la misma situación límite —por definición irreversible— de una ejecución capital, el Comité ha afirmado su plena competencia.

---

33 Cf. Ng c. Canadá, 469/1991, constataciones del 30 de junio de 1993, Kindler c. Canadá, 470/1991, 5 de noviembre 1993 y Cox c. Canadá, 539/1993, 31 octubre 1994.

34 CHANET 1998.

### **3. La Corte internacional de justicia**

Pero ha sido la Corte Internacional de Justicia la que ha ido más lejos en este ámbito, mediante la Convención de Viena de 1963 sobre las relaciones consulares. Diversos asuntos recientes han cuestionado la situación de los detenidos extranjeros, condenados y luego ejecutados sin haberse beneficiado de la asistencia consular prevista en la Convención de 1963. Inicialmente, este fue el caso del asunto Bréad, nombre de un paraguayo: una decisión del 9 de abril de 1998, adoptada por unanimidad por la Corte, quedó sin efecto y el condenado fue ejecutado. Lo mismo sucedió en el asunto La Grand, referido esta vez a ciudadanos alemanes, con una decisión también unánime, del 3 de marzo de 1999. Pero mientras que el asunto Bréad, «devenido sin objeto», acabó con un desistimiento embarazoso del Paraguay, Alemania, fuertemente anclada en su oposición de principio a la pena de muerte, ha querido seguir el procedimiento hasta el final:<sup>35</sup> así, por primera vez, la Corte ha sido obligada a afirmar que las medidas de conservación que ella puede pronunciar tienen un carácter obligatorio para el Estado parte y ha subrayado «que el poder de indicar dichas medidas implica el carácter obligatorio de dichas medidas, en la medida en que el poder en cuestión tiene como fundamento la necesidad de salvaguardar, cuando las circunstancias lo exigen, los derechos de las partes, tal como han sido determinados por la Corte en su decisión definitiva, y de evitar que se produzca perjuicio. Pretender que las medidas de conservación indicadas en virtud del artículo 41 no son obligatorias sería contrario al objetivo de esta disposición».<sup>36</sup> En la medida en que la Corte se ha pronunciado sobre el fondo reconociendo la violación de un «derecho individual», garantizado por el artículo 36 de la Convención de 1963, esta constatación tiene una gran significación para el futuro.

### **4. La Corte interamericana de derechos humanos**

Esta Corte, llamada a conocer la misma cuestión, por la vía de consulta —y en consecuencia desde una perspectiva abstracta— por el Perú, ha ido más lejos, considerando que la disposición pertinente de la Convención de 1963 no solo consagraba un «derecho individual», sino más bien un «derecho humano», en el sentido que da a esta noción la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, en la conclusión de su razonamiento, la Corte interamericana ha afirmado que la falta de asistencia consular es una violación a las garantías del proceso

---

35 CIJ, sentencia del 27 de junio 2001. Cf. SANTULLI, 1999: 101.

36 CIJ, sentencia del 27 de junio 2001: § 102.

debido (*due process of law*) consagrado en el artículo 14 del Pacto. Aún más, «*in such circumstances, imposition of the death penalty is a violation of the right not to be 'arbitrarily' deprived of one's life, in the terms of the relevant provisions of the human rights treaties [...] with the juridical consequences inherent in a violation of this nature, i. e. those pertaining to the international responsibility of the State and the duty to make reparations*». <sup>37</sup>

Estas decisiones refuerzan al Comité de los Derechos Humanos en su determinación de hacer prevalecer sus competencias, especialmente frente a los Estados del Caribe que han vuelto a cuestionar su aceptación de los recursos individuales en materia de pena de muerte. Sería útil al respecto que el Comité tome posición de principio sobre el fondo y actualice su observación general N° 14 sobre el derecho a la vida de 1984, actualmente un poco olvidada.

## **V. LA MOVILIZACIÓN DE LA DIPLOMACIA PARLAMENTARIA**

Este debate jurídico, por técnico que sea, sobrepasa actualmente a los Estados. Las mismas opiniones públicas están desconcertadas.

### **1. Las Asambleas parlamentarias europeas**

Una reciente toma de posiciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa ha cuestionado los Estados observadores, en primera línea los Estados Unidos y el Japón. En una resolución adoptada el 25 de junio 2001, la Asamblea, de una manera que puede ser considerada contraproducente —pero no es la primera vez que la APCE está reducida a «meter el rabo entre las piernas»— dicta un verdadero ultimátum cuestionando su estatuto de observador «si ningún progreso es constatado respecto a la presente resolución hasta el 1 de enero de 2003». <sup>38</sup>

Simultáneamente, el 28 de junio de 2001, la Asamblea hizo el balance del «respeto de las obligaciones y compromisos de Turquía», reclamando, entre otros, «la abolición de la pena de muerte y la firma y ratificación del Protocolo N° 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos», recomendando asimismo al Comité de Ministros organizar en Turquía un seminario sobre la abolición de la pena de muerte. Así, «en lo que se refiere a la vida, la Asamblea anima la sociedad turca a proseguir y concluir el debate en curso: ninguna pena de muerte debe ser

---

37 CIDH, O.C. del 1er octubre 1999: 264, § .37 y 268, § 141.

38 Res.1253 (2001). Cf. la directiva N° 574 (2001) y la Rec. 1522 (2001) y doc. 9115.

ejecutada; la pena de muerte debe ser abolida *de jure* y el Protocolo N° 6 a la Convención Europea de Derechos Humanos debe ser suscrito y ratificado». <sup>39</sup>

La Asamblea parlamentaria de la OSCE no hace menos. En el momento en que disminuyen las reuniones sobre el cumplimiento de los compromisos de la dimensión humana —que concierne expresamente la cuestión de la abolición de la pena de muerte— la Asamblea ha relanzado el debate sobre la pena de muerte, en un contexto geopolítico en el que los Estados Unidos se hallan aislados y en mala compañía, <sup>40</sup> contorneando la regla del consenso habitual en el marco de la OSCE. En 1999, con ocasión de su sesión anual de San Petersburgo, la Asamblea dedicó por primera vez a la pena de muerte dos párrafos de su resolución general. La Asamblea:

(104)

100 Insta a los Estados participantes de la OSCE, de conformidad con el Protocolo Adicional N° 6 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, elaborada en el marco del Consejo de Europa, a que introduzcan en sus legislaciones antes del final del presente milenio una moratoria para las ejecuciones y en última instancia la plena abolición de la pena de muerte;

(105)

101 Insta al Gobierno de Turquía a que respete la Convención Europea de Derechos Humanos y suspenda la pena de muerte impuesta a Abdulá Ocalan, no como reconocimiento ni siquiera mínimo del terrorismo, sino con miras a promover el reconocimiento de los derechos de las minorías en Turquía [...].

Esta doble formulación puede ser particularmente defectuosa en el plano jurídico y poco oportuna en el plano político: ¿cómo invocar el Protocolo N° 6 contra terceros Estados y sobre todo por qué hacerle decir lo que no dice? Cuando al respeto de la Convención por Turquía, compete a la Corte Europea decidir —lo que nada tiene que hacer con el «reconocimiento» (sic) del terrorismo, tampoco con el de las minorías—. Aventurándose en este terreno, la Asamblea se limita, más prudentemente, en lo esencial, a «invitar a los parlamentarios de los Estados participantes de la OSCE a abolir la pena de muerte para todos los crímenes» (§ 119), en el capítulo de la resolución ómnibus dedicada a la dimensión humana.

39 Res.1256 (2001), § 16g. Cf. Rec. 1259 (2001) y doc. 9120.

40 Cf. al respecto LETTERON 2001: 145-164.

Una nueva etapa fue superada en julio de 2001, en la sesión anual llevada a cabo en París, con la adopción de una resolución específica sobre la abolición de la pena de muerte, lo que se traduce en una evidente intensificación del debate.

La resolución parte de la constatación de que «la pena de muerte es una pena inhumana y degradante, un acto de tortura inaceptable en los Estados respetuosos de los derechos humanos». «Preocupada de obtener en los mejores plazos la abolición universal de la pena de muerte», la Asamblea pide una moratoria y preconiza medidas progresivas que presuponen también que la pena de muerte no está todavía fuera de la ley. La Asamblea parlamentaria:

(17) Alienta los Estados participantes que no han abolido la pena de muerte a respetar las salvaguardas de los derechos de quienes se enfrentan a la pena de muerte prescritas por la ECOSOC de la ONU;

(18) Insta los Estados participantes a conformarse al derecho internacional prohibiendo imponer la pena de muerte a las personas menores de 18 años al momento del crimen y a las personas mentalmente disminuidas y demanda al Gobierno de los Estados Unidos de América a retirar su reserva al artículo 6 (5) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos;

(19) Insta los Estados participantes que todavía no lo han hecho a suscribir y ratificar sin dudas (sic) el 2º Protocolo facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos;

(20) Pide a los Parlamentarios de Armenia, Azerbaijón y Federación rusa a ratificar el Protocolo suplementario (sic) N° 6 de la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; [...]

(22) Alienta además las actividades de las ONG en favor de la abolición de la pena de muerte;

(23) Hace un llamado a los Estados miembros que no han abolido la pena de muerte a hacerlo sin tardar.

## **2. Las ONG**

Esta nueva dimensión asumida por la «diplomacia parlamentaria» encuentra en las ONG su continuación permanente. Algunas grandes ONG han basado su acción desde el inicio en la abolición de la pena de muerte, como Amnesty International o la FIFH; otras acciones son más recientes, como la reunión del primer Congreso contra la pena de muerte, en la sede del Parlamento Europeo de Estrasburgo (21

al 23 de mayo 2001), en el que participaron presidentes de parlamentos nacionales —entre los que estuvo Raymond Forni, presidente de la Asamblea Nacional Francesa—, personalidades políticas y militantes. Así se forma una vasta coalición informal, en la que organizaciones internacionales, Estados, actores políticos y actores privados multiplican llamadas, mensajes, campañas de prensa, intervenciones políticas y presiones. Para medir la evolución de los espíritus, basta evocar el 20º aniversario de la abolición de la pena de muerte en Francia —en el que Robert Badinter sigue siendo el símbolo elocuente— que ha contribuido a dar un nuevo impulso a esta movilización moral.

## VI. POST SCRIPTUM

En Francia, el proceso de abolición de la pena de muerte ha alcanzado su punto culminante tanto con la reforma constitucional, efectuada este año, a propuesta del Presidente de la República, como con la ratificación, en octubre 2007, del Protocolo 2 al Pacto relativo a los derechos civiles y políticos y del Protocolo 13 a la CEDH. El nuevo artículo 66-1 de la Constitución prohíbe que se imponga la pena de muerte.<sup>41</sup>

La iniciativa de modificación de la Carta política respondía a exigencias de diverso orden. En el informe del Diputado Philippe Houillon, se señalan tres: moral, política y jurídica. Respecto a la primera, se señala que la abolición de la pena capital constituye el mejor homenaje al derecho a la vida al llevar al máximo el rechazo de una justicia que utilizaría las mismas armas que aquellos que ella condena. En cuanto a la segunda, se indica que la consagración constitucional de la indicada prohibición, casi de carácter irreversible, primero, aproxima a Francia a todas las naciones que han optado por el rechazo a la ejecución capital y, por tanto, se han liberado «de la sangre derramada en nombre de la justicia», y, segundo, excluye la utilización, en el nivel nacional, de la pena de muerte como medio de política criminal. Jurídicamente y para participar plenamente en el concierto de las naciones abolicionistas, se deben ratificar los instrumentos internacionales que prohíben el recurso a la pena de muerte.

Con razón se dice, en uno de los argumentos de la ley modificatoria de la Constitución, que «confiriendo sobre su territorio valor constitucional a la abolición de la pena capital, Francia defenderá el carácter inviolable y sagrado de la vida humana y obrará en favor de la abolición universal de la pena de muerte».

---

41 «Nadie puede ser condenado a la pena de muerte» (*«Nul ne peut être condamné à la peine de mort»*).

## LA PENA DE MUERTE EN EL MARCO DEL PUNITIVISMO CONTEMPORÁNEO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

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

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

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

### **I. LA ALGARADA SOMBRA DE CAÍN: DEL CRIMEN COMO PENA A LA PENA COMO CRIMEN<sup>1</sup>**

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

---

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

2 GARCÍA VALDÉS 1975: 17 ss.

pues podrá variar el método de ejecución en los distintos sistemas jurídicos o países, pero lo cierto es que desde Oriente, Roma y el derecho germánico, hasta los modernos procedimientos de ejecución, pasando por los siglos oscuros de las edades Media y Moderna, el castigo capital se ha aplicado a un enorme repertorio de delitos —desde el tercer hurto, el robo de ovejas o el beso a una mujer—<sup>3</sup> al regicidio, produciéndose la muerte por tiro de caballos, fuego en la hoguera, despeñamiento, empalamiento, decapitación, inmersión, cocción, enrodamiento, colgamiento, estrangulamiento y un largo etcétera de procedimientos<sup>4</sup> tan crueles que, en no pocas ocasiones, la propia sentencia condenatoria permitía que el reo fuera estrangulado secretamente, de tal manera que el tormento lo recibía un cuerpo ya inerte.<sup>5</sup>

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

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

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

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

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

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

Y es que el de Aquino,<sup>8</sup> en palabras de Quintano,<sup>9</sup> perfila la argumentación básica antibolicionista con el tópico utilitario del fruto podrido del árbol que requiere su mutilación para preservar el resto, o el del cirujano que amputa el miembro enfermo del paciente para lograr su curación, argumento de autoridad que fue repetido por la casi totalidad de los escolásticos<sup>10</sup> que vinieron a cimentar la legitimidad de esta pena en razones de necesidad y utilidad.<sup>11</sup> Los aislados argumentos de Duns Escoto contra la máxima pena fueron combatidos con ahínco por, entre otros, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto.<sup>12</sup>

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

---

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

9 Quintano Ripollés, 1958: 443.

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

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

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

12 Ver De Hinojosa y Naveros 1973: 126 s.

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

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

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

14 ESLAVA GALÁN 1991: 213.

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

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

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

un medio de defensa de este cuando su ejecución aparezca como necesaria para su salvaguarda o cuando exista un grave peligro de contagio criminal,<sup>18</sup> criterio utilitarista que es el que llevó a Voltaire, precisamente, a inclinarse por la pena de trabajos forzados antes que por la de muerte.<sup>19</sup> Los autores ilustrados prenden, pues, la llama del abolicionismo, algunos<sup>20</sup> alzando su pluma, sin ambages, contra una pena de muerte que durante siglos la Iglesia había legitimado sobre tres argumentos: las Escrituras Sagradas, el uso de la Iglesia, y los Padres y la razón.<sup>21</sup> Pero en este primigenio movimiento abolicionista las metas pretendidas no son tanto la desaparición de la pena capital sino su arrinconamiento a lo excepcional y su desvinculación del tormento y la crueldad ejecutiva. Ello explica que, con la sola excepción de la pasajera abolición realizada en Austria y la Toscana, el reflejo normativo de dichas aspiraciones se plasmase en una reducción del campo aplicativo de la pena de muerte. Así, por ejemplo, el Código Penal francés de 1791 redujo los delitos que veían acompañada su comisión con la muerte de 115 a 32, imponiendo como única modalidad de su ejecución la guillotina, sin aditamento de suplicio alguno, pues como decía su artículo 2, «la pena de muerte habrá de consistir en

---

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

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

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

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

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

Siguiendo la senda abierta por los Enciclopedistas será en el diecinueve cuando se desarrolle de una manera más profunda el debate sobre la existencia de la pena de muerte. En esta centuria, mientras que los códigos penales siguen dando cobijo en su articulado a la pena de muerte, en la doctrina comienza paulatinamente la cimentación de los argumentos abolicionistas. Se da entonces el paso de la piedad ejecutiva<sup>25</sup> al rechazo frontal a la pena capital, resaltándose en este último sentido la clara pluma de Dorado Montero para quien el argumento fundamental de la utilidad de esta pena era una falacia.<sup>26</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Escrituras. Pero, como dijimos, la semilla abolicionista ya estaba sembrada y solo había que esperar a que germinara; tarde o temprano se vislumbraba que la evolución de la pena de prisión y los sistemas penitenciarios terminarían por arrinconar a la pena capital.<sup>29</sup> En este sentido nos recordaba Valdés Rubio<sup>30</sup> que «ha dicho un ilustre catedrático<sup>31</sup> que la pena de muerte se va retirando, y que aunque se retira por escalones, está llamada a desaparecer; y añade que, pasado algún tiempo, en vez de preguntar si esta pena debe imponerse, se preguntará como cuestión histórica, cómo ha sido posible que esa pena haya existido».

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

---

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

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

30 VALDÉS RUBIO 1892: 423.

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

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

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

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

## II. EL CONTEXTO IDEOLÓGICO ACTUAL

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

---

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

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

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

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

legislaciones europeas más avanzadas hacen desaparecer de su arsenal punitivo la pena capital<sup>36</sup> no menos lo es que en el final de dicha centuria surge un fenómeno político criminal, que ha recibido varios nombres (cultura del control, populismo punitivista, expansión del derecho penal...), el cual permite dar alas a la idea de que la sociedad ha de recuperar a la pena de muerte para defenderse de la creciente criminalidad, lo que explica que determinados ordenamientos (caso, por ejemplo de Perú) hayan iniciado trabajos legislativos en esta dirección y que en el momento de la redacción del estatuto de la Corte Penal Internacional se produjera un importante y áspero debate en relación a la admisibilidad de la imposición de la pena capital, opción finalmente descartada ante la oposición que en tal sentido presentaron países como Francia, España, Suiza, Suecia o la Santa Sede.

En efecto, como hemos tenido la oportunidad de escribir en otro lugar,<sup>37</sup> desde finales de los ochenta y principios de los noventa vivimos en lo que se ha venido a denominar «una nueva cultura del control»,<sup>38</sup> caracterizada por la preterición de un modelo basado en la resocialización a favor de un modelo cuya meta es la incapacitación de los delincuentes; la política criminal ya no persigue incidir en los factores que llevaron al sujeto al delito (recuérdese al respecto el texto del artículo 59 de la Ley Penitenciaria española cuando define lo que sea el tratamiento penitenciario) sino en reducirle las oportunidades para que cometa delitos, y la criminología (cuya finalidad ahora se sitúa en el llamado prevenciónismo situacional) centra su punto de mira no tanto en estudiar las causas del delito para tratar al delincuente cuanto en darnos pautas de cómo defendernos ante él.<sup>39</sup> Se trata de una época caracterizada por lo que se conoce como *populismo punitivo*, cuya nota definitoria<sup>40</sup> es el uso del derecho penal por unos gobernantes que creen que mayores penas pueden reducir el delito, que estas penas pueden ayudar a reforzar el consenso moral existente en la sociedad y que hay unas ganancias electorales producto de este uso del *ius puniendi*.

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

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

37 TÉLLEZ AGUILERA 2005: 52 ss.

38 GARLAND 2001.

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

40 Ver BOTTOMS 1995: 39 ss.

41 SILVA-SÁNCHEZ 2001: 25 ss.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

derecho de policía, sino en exclusivamente en el derecho penal. Esta inseguridad ontológica,<sup>51</sup> potenciada por cambios en las estructuras sociales de control tanto informales (así en nuevos modelos y valores familiares) como formales (retramiento de la comunidad nacional frente a las estructuras supranacionales), hace que la sociedad proyecte sus inseguridades en el delito<sup>52</sup> —cuyo concepto se amplía a cualquier tipo de molestia o comportamiento incívico— las denominadas *quality of life offences* (vagabundos, *graffiteros*, moteros, mendigos...).

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

---

51 Ver YOUNG 1999: 14.

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

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

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

8. La identificación de la sociedad con la víctima del delito: el *ius puniendi* pasa de concebirse como la espada del Estado contra el desvalido delincuente a entenderse como la espada de la sociedad contra el enemigo de la convivencia. De la concepción de von Liszt de entender la ley penal como la Carta Magna del delincuente se pasa a la de configurarla como Carta Magna de la víctima, lo que acarrea un nuevo modo de entender el principio de legalidad: las exigencias de interpretaciones restrictivas de los tipos o la proscripción de la analogía ya no se ven como sacrosantos principios que siempre deban ser respetados, apostándose, al contrario, por interpretaciones extensivas que garanticen la efectiva realización del derecho penal a cualquier precio. En este marco, la pena también sufre un cambio de concepción. Los fines reinsertadores, aun con respaldo constitucional como en los casos de España o Italia, se entienden reminiscencias mojigateras de tiempos pretéritos. Surge la moderna teoría de la pena victimológica (*Viktimologische Straftheorie*)<sup>54</sup> según la cual la pena no es sino un mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito, con lo que se le reintegra moralmente al manifestarle la solidaridad del grupo social. La víctima renace de sus propias cenizas e impregna todo el sistema, presentándose no ya como una parte a la que hay que reconocer derechos, sino utilizando estos como cortapisa a los derechos del delincuente, presentándose, en fin, como la personificación de la justicia vindicativa.
9. El descrédito de otras instancias de protección: la exigencia de una mayor presencia del derecho penal viene también motivada por el descrédito en el que han caído otras instancias de protección. Y en primer lugar destaca la relajación de las normas de la moral social<sup>55</sup> (como normas de conducta

54 Ver JEROUŠCHECK 2000: 185 ss.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, el derecho penal del enemigo se alza en la actualidad<sup>67</sup> como una posición doctrinal que legitima una mayor intervención cuantitativa y cualitativa

---

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

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

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

65 SILVA SÁNCHEZ 1992: 305.

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

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

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

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

El propio Jakobs ha sintetizado su concepción en seis postulados básicos:<sup>70</sup>

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

---

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

68 Ver CANCIO MELIÁ 2003: 79 ss.

69 Ver JAKOBS 1999: 139.

70 Jakobs/Cancio Meliá 2003: 55 s.

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

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

---

71 Ver ampliamente, PORTILLA CONTRERAS 2003: 161 ss.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

76 Ferrajoli 1995.

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

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

Como es fácilmente deducible, en un contexto ideológico como el descrito, caracterizado, como hemos visto, por un constante incremento del sentimiento de inseguridad ciudadana percibido por la ciudadanía<sup>78</sup> (desligado de una tasa delincuencia que se mantiene e incluso disminuye), la proliferación de voces favorables a un incremento punitivo que desborde la cadena perpetua y legitime la capital no ha de extrañar a nadie.

En este sentido han sido los Estados Unidos de Norteamérica el país que tradicionalmente más abiertamente se ha declarado partidario de la pena de muerte. Si se compara la actitud de los ciudadanos norteamericanos frente a la pena capital a lo largo de los últimos setenta años<sup>79</sup> se observará que el umbral más bajo de aceptación de esta modalidad punitiva se alcanzó en 1966, momento en el que el 42% de la población americana se declaraba a favor de la misma, el 47% en contra y el 11% no manifestaba su opinión. Sobre la explicación de este rechazo «relativamente importante» se ha dicho<sup>80</sup> que el mismo vino influido por el debate público internacional, en aquella época muy amplio y controvertido, sobre

---

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

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

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

80 Kury/Brandestein 2006: 371.

el caso Cheesman,<sup>81</sup> quien logró varios aplazamientos de la sentencia, se defendió con todos los medios contra la ejecución imbuyéndose en persona de numerosa bibliografía jurídica y criminológica especializada para poder defenderse mejor,<sup>82</sup> pero que finalmente acabó ejecutado, si bien este «homicidio judicial», en palabras de Jiménez de Asúa<sup>83</sup> colocaría una semilla que germinaría con la conocida sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 29 de junio de 1972 en la que el Alto Tribunal americano se pronunciaría contra la pena de muerte tal y como en aquel momento se aplicaba (de forma discriminatoria y desigual) declarándola cruel, desmesurada y anticonstitucional por violar la Octava Enmienda de la Constitución estadounidense que, como sabemos, prohíbe las penas crueles y desacostumbradas.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad de los años ochenta y principios de los noventa la aceptación de la pena de muerte por la población americana superaba el 80%, porcentaje que en el año 2005 se ha situado en el 74%. Cabe destacar que, en promedio, entre 2001 y 2004, el 80% de los republicanos, el 65% de los independientes y el 58% de los demócratas apoyaban esta pena. El respaldo conservador era de un 74%, el de los moderados un 68% y el de los liberales un 54%, siendo mayor el apoyo prestado por varones (70% en 2003) que por mujeres (58%) y por blancos (67% en 2002) frente a no blancos (52%) y especialmente por los negros (39%).<sup>84</sup> El citado repunte de aceptación producido en los años noventa también se ha relacionado con la existencia de espectaculares hechos delictivos que coparon los medios de comunicación, como la muerte de 168 personas en el atentado perpetrado con bomba en Oklahoma City en 1995.<sup>85</sup> Y es que, como se ha demostrado en repetidas ocasiones, las actitudes sancionadoras están estrechamente ligadas a la reiterada argumentación que desde la tribuna política y los medios de comunicación se realiza respecto a la dura respuesta que ha de tener el delito,<sup>86</sup> lo que, curiosamente, contrasta con el paulatino descenso de la creencia de que la pena de muerte tiene efectos intimidatorios y preventivos. En 1985 el 62% de los estadounidenses lo creían así, y en 2004 solo el 35%.<sup>87</sup> Esto solo puede encontrar explicación en una peculiar concepción de la justicia

---

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

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

83 JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, 1966: 187 ss.

84 Ver, ampliamente, CARROL en [www.death-penaltyinfo.org](http://www.death-penaltyinfo.org)

85 Ver KURY/BRANDESTAIN 2006: 374.

86 Ver, ampliamente, BECKETT/SASSON 2004.

87 Ver MOORE en [www.death-penaltyinfo.org](http://www.death-penaltyinfo.org)

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

Pero la situación en la Europa continental, al menos de momento, no se puede utilizar como referencia<sup>89</sup> pues, pese a que el Viejo Continente, como hemos dicho, también ha sucumbido al punitivismo, existen diversos frenos que están sirviendo de diques de contención frente al desbordamiento de la pena capital.<sup>90</sup> Así, en Gran Bretaña, frente a la raigambre de la aceptación de la pena capital<sup>91</sup> se ha observado en los últimos años una disminución de veinte puntos porcentuales;<sup>92</sup> en Alemania los horrores del pasado sirvieron incluso para suavizar el régimen penal de la extinta República Democrática tras la unificación, y frente a la falta de una clara tendencia al respecto en Francia,<sup>93</sup> en España la larga tradición humanista que desde el siglo XIX inspira el régimen penal y penitenciario<sup>94</sup> y el recuerdo de las ejecuciones de presos políticos en la época de la dictadura militar conforman un subconsciente colectivo propicio al rechazo de una pena de muerte que ha encontrado acomodo en forma de proscripción en el texto constitucional.

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

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

---

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

89 Resaltando este dato, BROWN 2006: 288.

90 Ver ampliamente TATALOVICH 2003.

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

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

93 Ver FORST 1999: 109 ss.

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

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

---

95 CARRARA 1957: 100 ss.

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

**ACULTURACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA RELATIVA  
A LA PENA DE MUERTE EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA<sup>1</sup>**

**KRISTA L. PATTERSON**

**Sumario:** **I.** Análisis comparativo. **1.** La doctrina europea relativa a la pena de muerte. **2.** La doctrina europea relativa a la pena de muerte en los Estados Unidos. **II.** La tesis de Goodman y Jink. **III.** Evaluación de las semejanzas entre la concepción europea y la de los Estados Unidos. **1.** Los fracasos de la influencia coercitiva. **2.** El éxito parcial de la persuasión. **3.** La influencia intensa de la aculturación. **IV.** Conclusión.

La pena capital precede al Estado-Nación moderno. Hasta el siglo XX, la pena de muerte ha sido aplicada mediante procedimientos extraordinariamente duros y brutales, tales como el de la hoguera, el de desollar y el de crucificar.<sup>2</sup> Actualmente, en los Estados Unidos, se recurre a medios más humanitarios, por ejemplo inyectar una sustancia letal y electrocutar al condenado. Así como los métodos de ejecución han evolucionado, lo mismo ha acaecido con las opiniones respecto a la

---

1 «Acculturation and the Development of Death Penalty of Doctrine in the United States», in *Duke Law Journal*, vol. 55 N° 6, p. 1217 ss. Traducción de Bogdan Mihalach y Joseph du Puit.

2 GERBER 1996: 335 s.

pena de muerte en general. En el siglo pasado, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha revisado la concepción sobre la pena de muerte, considerando, por un lado, el momento y la persona condenada a esta pena y, por otro, la manera en que debe ser ejecutada. Si no sorprende que las ideas hayan evolucionado, esto se debe a que ellas se basan en una norma flexible contenida en la Octava Enmienda de la Constitución.<sup>3</sup> Lo sorprendente es más bien que la tendencia general de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la pena de muerte haya sido limitar el poder del Estado en favor de los derechos humanos de los acusados. Sin embargo, lo que llama aún más la atención es que la doctrina sobre la pena de muerte haya casi seguido el curso de la evolución en los otros países democráticos occidentales.

Por su consistencia este modelo no puede ser el fruto de una simple coincidencia. Pero, entonces ¿cómo explicar que los Estados Unidos hayan seguido de manera tan estrecha la orientación europea? La manera de influenciar la actitud de los Estados respecto a los derechos humanos ha consistido en recurrir a dos métodos: la coerción y la persuasión.<sup>4</sup> Sin embargo, el recurso a estos medios no permite explicar totalmente los cambios que se han producido en la doctrina norteamericana sobre la pena de muerte. Medidas coercitivas han sido aplicadas raramente, y el impacto de los esfuerzos directos para convencer a los Estados Unidos para que cambien su doctrina relativa a la pena de muerte es incierto.<sup>5</sup> Parece más bien que otro medio, menos evidente, haya obrado para que se den esos cambios.

En un artículo titulado «Cómo influenciar los Estados: socialización y derecho humanitario», los profesores Ryan Goodman y Derek Links exponen la idea según la cual los derechos humanos no han sido difundidos, a nivel internacional, mediante medidas coercitivas, sino más bien mediante un recurso que ellos llaman *aculturación*.<sup>6</sup> En su opinión, «[la aculturación] provoca cambios de comportamiento debido a las presiones ejercidas por terceros o la práctica de uno mismo con el fin de asimilar».<sup>7</sup> La aculturación permite comprender mejor las semejanzas existentes en el desarrollo de la doctrina en Estados Unidos y en Europa, debido a que ella considera las presiones sutiles ejercidas para que los Estados Unidos respeten los derechos humanos.

3 Constitución de los Estados Unidos, Enmienda VIII; cf. *Le Trop contra Dulles*, 356 Estados Unidos 86, 101 (1958) (el significado de la Octava Enmienda se desprende de las normas de evolución de la moralidad que marcan el progreso de una sociedad evolucionada).

4 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 621, 625, (donde se trata como los especialistas de derechos humanos internacionales de la «primera generación» establecieron que el cambio ocurrió debido a la coerción y de la persuasión).

5 Cf. *infra* III. 1, III. 2.

6 GOODMAN/JINKS 2004: 626.

7 GOODMAN/JINKS 2004: 626.

En este trabajo se analiza cómo los diversos métodos empleados para influenciar la actitud de los EE.UU. —como los descritos por Goodman y Links—, se presentan en los cambios de jurisprudencia norteamericana. En la primera parte se expone la manera como se ha utilizado la pena capital en Europa y en Estados Unidos, señalando las semejanzas más importantes. La segunda parte está dedicada a exponer sumariamente la tesis de Goodman y Jinks, con el fin de establecer un contexto que explique mejor cómo ha sido influenciada la doctrina norteamericana sobre la pena de muerte. En la parte III se aplica este marco, evaluando la eficacia de la coerción, la persuasión y la aculturación, cada una según las explicaciones de Goodman y de Jinks, como factores de la motivación de la evolución de la doctrina de la pena de muerte en los Estados Unidos. Asimismo, se expone que la coerción y la persuasión no permiten explicar de manera correcta los cambios de la doctrina norteamericana referente a la pena capital. Al mismo tiempo, se sostiene que la tesis de Goodman y Jinks sobre la aculturación es indispensable para comprender de modo integral la evolución de la concepción norteamericana. Se concluye presentando algunas apreciaciones sobre la manera en que la coerción, la persuasión y, en particular, la aculturación podrían influenciar en el futuro la concepción norteamericana.

## **I. ANÁLISIS COMPARATIVO**

### **1. La doctrina europea relativa a la pena de muerte**

Los primeros intentos para abolir la pena de muerte en Europa tuvieron lugar a fines del siglo XVIII.<sup>8</sup> Antes de esta fecha, esta pena era ampliamente aplicada utilizando diversas técnicas inhumanas.<sup>9</sup> El desarrollo de la filosofía humanista a fines del siglo XVIII impulsó a los gobernantes a repensar el tratamiento dado a los delincuentes.<sup>10</sup> Ellos comenzaron a humanizar el sistema penal bajo la influencia de Cesare Beccaria, quien había criticado la pena de muerte en su tratado *De los delitos y de las penas*.<sup>11</sup> En este contexto, diversos Estados plantearon entonces la abolición de la pena de muerte, por ejemplo, Toscana, Austria y Francia.<sup>12</sup>

---

8 HOOD 1999: 9, 10.

9 ANCEL 1962: 8.

10 ANCEL 1962: 9.

11 ANCEL 1962: 9.

12 ANCEL señala que Leopold II de Toscana suprimió la pena capital en el Código penal toscano de 1786 y Joseph II la suprimió en el Código austriaco de 1787. En lo que se refiere a la ley francesa, debe indicarse que el decreto de la Convención del 14 Brumario del año IV había previsto la abolición de la pena de muerte cuando la paz fuera restablecida, pero jamás entró en vigor, aún después de la Paz de Amiens.

Pese a su intensidad, este movimiento abolicionista fue de corta duración. Casi inmediatamente después de haber sido adoptadas, se derogaron las leyes que suprimían la pena capital.<sup>13</sup> En el Código Penal francés —tomado como modelo en Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo— se previó la pena de muerte para reprimir numerosos delitos.<sup>14</sup> Además, en Inglaterra, se sancionaba con esta pena doscientos delitos.<sup>15</sup>

A pesar del recurso frecuente a la pena capital a inicios del siglo XVIII, diversos movimientos abolicionistas surgieron al rededor de 1830.<sup>16</sup> Los cambios que provocaron fueron progresivos. En un primer momento, disminuyó la aplicación de la pena de muerte antes de que se modificara la legislación.<sup>17</sup> En las postrimerías del siglo XIX, un gran número de países europeos adoptaron una política contraria a esta pena y modificaron sus legislaciones en este sentido.<sup>18</sup>

Durante la primera mitad del siglo XX, se dio marcha atrás en el camino que conducía a la abolición total de la pena de muerte en Europa. El autoritarismo determinó que un buen número de países reintrodujeran la pena capital, por ejemplo Italia, Austria y Alemania.<sup>19</sup> Asimismo, la Segunda Guerra Mundial llevó a que aún países fuertemente marcados por el abolicionismo establecieran dicha pena reprimir ciertos delitos relacionados con la guerra.<sup>20</sup>

13 HOOD 1999: 10; Cf. igualmente ANCEL, 1962, «Austria ha reintroducido la pena capital por traición, suprimida en 1795 y también para otros crímenes en el Código de 1803, además que la Toscana reimplantaba su aplicación en 1730»).

14 ANCEL 1962: 9.

15 ANCEL 1962: 9.

16 ANCEL 1962: 9.

17 ANCEL 1962: 10; Ver, por ejemplo, HOOD, 1999: 10 (indicando que Portugal no ha suprimido la pena de muerte antes de 1863, pero no la ha aplicado desde 1843).

18 Por ejemplo, en Francia la lista de infracciones reprimibles con la pena de muerte fue restringida mediante la eliminación de la falsificación, el robo agravado y, posteriormente, los delitos políticos. Además, a los jurados, en Francia, no se les ha atribuido el poder de aplicar la pena de muerte. ANCEL 1962: 10. En Alemania, en la Constitución de 1849 se trató, de manera ineficaz, de suprimir la pena de muerte en los estados alemanes. En España, fue presentada, en 1822, una proposición para suprimir la pena de muerte. En el Reino Unido, se disminuyó, en el Acta de 1861 relativa a las infracciones contra la persona, de manera importante el número de infracciones reprimidas con la pena capital. En Portugal, la pena de muerte fue completamente suprimida en 1863, solución adoptada más tarde por Rumania, Italia Noruega y los Países Bajos. HOOD 1999: 10.

19 Ver ANCEL 1962: 11, 12 (detalla el movimiento autoritario en Italia, Alemania, Austria, países en los que la ley alemana era aplicable de 1938 hasta 1945).

20 Ver ANCEL 1962: 11, 12 (indica que Bélgica, Noruega y los Países Bajos han introducido la pena de muerte por traición, crímenes de guerra y colaboración con el enemigo).

A pesar de estos retrocesos pasajeros, la tendencia dirigida a abolir la pena capital continuó una vez terminado ese conflicto bélico.<sup>21</sup> En 1962, solo aplicaban la pena de muerte Inglaterra, Irlanda, España, Grecia, Francia y Turquía. Este último país, en 1970, era el único que no había abolido dicha sanción.<sup>22</sup> Esa corriente abolicionista, a fines de la década de los ochenta, había ganado terreno también en los países del este que habían formado parte de la Unión Soviética, los mismos que eran conocidos por haberla utilizado como instrumento político.<sup>23</sup>

Durante la segunda mitad del siglo XX, el abolicionismo en algunos países europeos fue acompañado por la instauración de sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional. Varios de esos tratados militaban en favor de la abolición de la pena de muerte. El primer paso de gran importancia hacia un sistema respetuoso de los derechos humanos y hacia la abolición de la pena de muerte, en el ámbito internacional, fue la adopción por las Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948.<sup>24</sup> El artículo 3 de esta Declaración estatuye: «Todos tienen derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de sus personas».<sup>25</sup> Si bien en esta disposición no se exige expresamente la abolición de la pena de muerte, la mención del «derecho a la vida» ha servido de trampolín importante para desarrollos futuros.

Este lenguaje debe ser analizado en la perspectiva de otro documento muy importante en el desarrollo de los derechos humanos a nivel internacional: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>26</sup>. Este Pacto fue elaborado sobre la base de la Declaración de 1948, completándola en ciertos detalles y previendo medidas coercitivas.<sup>27</sup> En su artículo 6, se dispone: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho debe ser garantizado por la ley. Nadie puede ser arbitrariamente privado de la vida».<sup>28</sup> Aun cuando en el Pacto no se prohíbe la aplicación de la pena de muerte, salvo en el caso de personas menores de 18 años al momento de cometerse el delito, dicha norma prevé:

---

21 Ver ANCEL 1962: 12, 13 (destaca que “el movimiento ha sido siempre hacia la abolición de la pena capital” ; y en particular indicando los movimientos posteriores a la guerra dirigidos a la supresión de la pena capital en Inglaterra, Italia, Alemania y Austria.

22 HOOD 1999: 10.

23 HOOD 1999: 10.

24 DUDH, 217A de G.A., en 71, ONU GAOR, 3ª Sección, 1ª sesión plenaria, ONU Doc A/810 (12 diciembre 1948).

25 Idem Artículo 3.

26 PIDCP del 16 de diciembre de 1966, S. EXEC. Doc. E, 95-2 (1978), 999 ONU T.S. 171 [PIDCP].

27 Aunque el UDHR fuera una declaración, el ICCPR era un tratado y ataba así a los estados que lo ratificaron.

28 ICCPR artículo 6, pf. 1.

«Ninguna de las disposiciones del presente artículo puede ser invocada para retardar o impedir la abolición de la pena capital por parte de un Estado que forme parte de este Pacto».<sup>29</sup> La manera como ha sido redactado este artículo evidencia una preferencia por la abolición de dicha pena.

Esta preferencia ha sido reforzada por la exigencia prevista expresamente en el Segundo Protocolo facultativo del Pacto.<sup>30</sup> En este Protocolo, se estatuye: «A ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado que forme parte del presente Pacto se le aplicará la pena de muerte. Cada Estado parte tomará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en el ámbito de su jurisdicción».<sup>31</sup> Aun cuando el Segundo protocolo facultativo solo era obligatorio para los Estados que lo habían ratificado, constituye la primera afirmación de una regla nueva contraria a la pena capital. En otros tratados concluidos recientemente en el dominio de los derechos humanos, se han previsto también disposiciones sobre la pena capital, por ejemplo la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDE).<sup>32</sup>

El desarrollo de un sistema de derechos humanos a nivel regional ha conducido a la abolición de la pena de muerte en Europa y se ha producido simultáneamente con una evolución de los derechos humanos a nivel internacional. Un primer paso decisivo en Europa fue la adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH),<sup>33</sup> que entró en vigor el 3 de setiembre de 1953. El Consejo de Europa adoptó esta Convención con el fin de someter a la jurisdicción de la Corte Europea de derechos humanos una lista de derechos y libertades fundamentales. El artículo 2 de la CEDH dispone: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley».<sup>34</sup> La CEDH no suprime la pena de muerte, sino que por el contrario la conserva, estableciendo: «Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena».<sup>35</sup>

---

29 ICCPR pf. 6.

30 Segundo Protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, dirigido a la abolición de la pena de muerte, G.A. Res. 44/128, ONU GAOR, 44ª Sesión, Supl. N° 49, en 206, ONU Doc. A/44/49 (15 diciembre 1989).

31 Segundo Protocolo facultativo artículo 1.

32 CDE, G.A. Res. 44/25, Números suplementarios 48, en 166, ONU GAOR, ONU Doc. A/Res/44/99 (le 20 novembre 1989).

33 CEDH, 4 noviembre 1950.

34 CEDH artículo 2, pf. 1.

35 CEDH artículo 2, pf. 1.

A consecuencia del informe de 1962, realizado por Marc Ancel a pedido del Consejo de Europa y en el que se muestra la uniformidad de los Estados europeos hacia la evolución de la abolición, la abolición practicada por cada Estado individualmente ha inducido un cambio regional.<sup>36</sup> A finales de la década de los setenta, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha comenzado a tratar la pena de muerte como una cuestión relativa a los derechos humanos.<sup>37</sup> Desde que el Consejo de Europa estableció que la pena capital viola los derechos humanos, la necesidad de abolirla a nivel regional ha devenido evidente. Además, el Comité de Ministros decidió elaborar un protocolo relativo a la CEDH prohibiendo la pena capital en los países europeos.<sup>38</sup> Así, el Protocolo N° 6 de la CEDH fue adoptado y entró en vigencia el 1 de marzo de 1985.<sup>39</sup>

El Protocolo N° 6 ha sido la primera declaración, a nivel europeo, en favor de la abolición de la pena de muerte. Su primer artículo dice: «La pena de muerte es abolida. Nadie puede ser condenado a dicha pena ni ejecutado».<sup>40</sup> De esta manera, el Protocolo ha prohibido directamente dicha pena, sin necesidad de acciones particulares de parte de los Estados.<sup>41</sup> Es importante, sin embargo, señalar que, a pesar de la importancia del paso dado con el Protocolo N° 6, este continúa permitiendo a los Estados recurrir a esta pena en tiempos de guerra.<sup>42</sup>

El siguiente paso significativo hacia la abolición de la pena de muerte en Europa se produjo mediante la decisión de 1993 del Consejo de Europa, estipulando que los países candidatos a formar parte de esta instancia deben haber suscrito y ratificado la CEDH.<sup>43</sup> En 1994, la Asamblea parlamentaria reforzó esta condición, fijando que dichos candidatos deben establecer una moratoria inmediata respecto a las ejecuciones, seguido por la firma y la ratificación del Protocolo N° 6 de la CEDH, relativo a la eliminación de la pena de muerte en tiempos de

---

36 Cf. en general, ANCEL 1962.

37 KRÜGER 1999: 69, 70.

38 KRÜGER 1999: 69, 70.

39 KRÜGER 1999: 69, 70.

40 Protocolo N° 6 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, del 28 de abril 1983, Artículo 1, Europ. N° 114 de T.S.

41 KRÜGER 1999: 69, 70.

42 Ver artículo 2 del Protocolo N° 6: «Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte para aquellos actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación en cuestión».

43 HOOD 1999: 11.

paz.<sup>44</sup> Así, todo miembro del Consejo de Europa está obligado a abolir la pena de muerte en tiempos de paz.

Los cambios recientes en Europa muestran igualmente un énfasis parecido en relación con la abolición de la pena de muerte. En 2002, el Consejo de Europa adoptó el Protocolo N° 13,<sup>45</sup> el que supera al Protocolo N° 6 en la medida en que promueve la eliminación completa de la pena capital, aun en caso de delitos cometidos en tiempo de guerra. Además, para formar parte de la UE, un Estado debe haber abolido esa pena.<sup>46</sup> La UE ha, igualmente, tomado medidas para convencer a los otros Estados para que supriman la pena capital, por ejemplo en las directivas de la política europea sobre la pena de muerte relativa a los demás países.<sup>47</sup>

Durante siglos, Europa ha adoptado lentamente medidas dirigidas a abolir la pena de muerte. Periodos dominados por un sentimiento abolicionista eran seguidos de retrocesos, pero una vez adoptado el sistema de los derechos humanos (en la segunda mitad del siglo XX), Europa ha obrado rápidamente en la perspectiva de la abolición, guiada por la idea según la cual la pena de muerte constituye una violación de dichos derechos. A pesar de que los Estados Unidos no han dado aún el paso decisivo en dirección de la abolición, los cambios que se han producido hasta ahora en la doctrina norteamericana sobre dicha pena han seguido un camino similar al recorrido por Europa y que ha sido presentado en los párrafos anteriores.

## 2. La doctrina relativa a la pena de muerte en los Estados Unidos

La pena de muerte existe en Norteamérica aún antes de la creación de los EE.UU. como país. El primer documento atestando una ejecución data de 1608.<sup>48</sup> Al redactarse la Constitución, sus autores conocían la pena de muerte y la omisión de referirse a ella muestra que la toleraban.<sup>49</sup> La disposición de la Constitución más relacionada con la pena de muerte es la Octava Enmienda, que establece que «no hay necesidad de que una coerción excesiva sea ejercida, que una multa excesiva

---

44 HOOD 1999: 11.

45 Protocolo N° 13 —relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias —, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 3 de mayo de 2002, Europ. N° 183 de T.S.; Ver igualmente DEMLEITNER, 2002 131, 138.

46 HOOD 1999: 11.

47 Directivas de la política europea sobre la pena de muerte en relación con otros países, 3 de junio de 1998, documento disponibles en <http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/guidelines.htm>.

48 PATERNOSTER 1991: 3.

49 PATERNOSTER 1991: 3.

sea impuesta, que sanciones crueles e inhabituales sean infligidas». <sup>50</sup> Si bien los redactores no tuvieron la intención de utilizar la disposición sobre «las sanciones crueles e inhabituales» para prohibir la pena capital, <sup>51</sup> esta regla ha sido desde entonces interpretada como un estándar de desarrollo <sup>52</sup> y representa la fuente primera utilizada por los abolicionistas para argumentar en favor de la inconstitucionalidad de la pena capital.

Hasta 1900, la pena de muerte estaba bajo control local. <sup>53</sup> Inicialmente, las colonias crearon su propio sistema judicial y recurrieron a la pena de muerte a su buen entender. <sup>54</sup> El recurso a esta pena ha sido condicionado por la tradición británica, <sup>55</sup> aun cuando esta sanción fue aplicada con más frecuencia en Inglaterra <sup>56</sup> que en las colonias, especialmente en las del norte. En Norte América, la pena capital era sobre todo reservada a las infracciones graves, por ejemplo el homicidio y la violación. Sin embargo, algunas colonias impusieron la pena de muerte en caso de crímenes de índole religiosa y otros delitos. <sup>57</sup> Por el contrario, en Inglaterra, el número de delitos reprimidos con la pena capital ha aumentado progresivamente durante este mismo periodo. <sup>58</sup>

Los primeros pasos hacia la restricción del recurso a la pena de muerte tuvieron lugar poco después de que los Estados Unidos constituyeran un país. La comunidad de Massachussets encabezó el movimiento restrictivo de la lista de delitos sancionados con pena de muerte. <sup>59</sup> Distintos estados lo siguieron, mientras que en otros se han distinguido diversos grados en caso de homicidio. <sup>60</sup> Estas

---

50 Constitución de Estados Unidos, Enmienda VIII.

51 PATERNOSTER 1991: 3 «Considerando que la Quinta Enmienda ha previsto que nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin proceso debido según la ley, resulta que con un proceso de esta índole tales privaciones eran aceptables».

52 Ver *Trop contra Dulles*, 356 Estados Unidos 86, 101 (1958) (La Octava Enmienda debe comprenderse a partir de las normas de evolución de la moralidad que marcan el progreso de una sociedad evolucionada).

53 PATERNOSTER 1991: 3.

54 BANNER 2002: 6, las colonias británicas de América del Norte mostraron desde el inicio una variante regional importante en sus derechos penales.

55 PATERNOSTER 1991: 5, describe la evolución contemporánea de la pena capital en Inglaterra y destaca su influencia dominante en las colonias americanas.

56 BANNER 2002: 6, señala que las infracciones contra la propiedad en particular habían sido tratadas de manera más clemente en las colonias de América del norte que en Inglaterra.

57 PATERNOSTER 1991: 5.

58 BANNER 2002: 7.

59 Ver PATERNOSTER 1991: 5, manifiesta que el número de infracciones sancionadas con la pena capital fue reducido y solo se consideraron el asesinato, la sodomía, el robo, el incendio intencional, la violación y la traición.

60 PATERNOSTER 1991: 6.

actitudes de los estados han sido la señal del comienzo del cambio progresivo de un régimen de pena de muerte controlado a nivel local a un régimen controlado por el estado, aun cuando este proceso solo terminó en siglo XX.<sup>61</sup>

La manera como el pueblo norteamericano percibe la pena de muerte evolucionó de modo semejante a fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, periodo en que se producen las primeras discusiones públicas y surgen las propuestas sobre la prohibición total de esta pena.<sup>62</sup> Este debate continuó durante el resto del siglo XIX y los abolicionistas se organizaron junto con grupos contrarios a la esclavitud y en favor de la abstención del alcohol.<sup>63</sup> En 1485, se creó la primera organización nacional contraria a la pena de muerte: la Sociedad Americana por la abolición de la pena capital.<sup>64</sup> La opinión popular opuesta a esta pena ha seguido las tendencias gubernamentales, limitando poco a poco los delitos y respecto a pocas circunstancias.

La labor de los abolicionistas comenzó a obtener resultados a mediados del siglo XIX. En 1846, el Michigan fue el primer estado en suprimir la pena capital para todos los delitos, excepto el de alta traición.<sup>65</sup> En los diez años siguientes, Rhode Island y Wisconsin la suprimieron para todos los delitos.<sup>66</sup> Lo mismo hicieron los estados de Iowa, Maine y Colorado en la segunda mitad del siglo XIX.<sup>67</sup> Los abolicionistas comenzaban a hacer grandes progresos, aun cuando estos fueron pronto retardados y afectados por retrocesos, como el restablecimiento de la pena en Iowa en 1878; asimismo, aunque con carácter provisorio, en Maine de 1883 a 1887 y su reintroducción, en 1901, en Colorado.<sup>68</sup>

La tendencia hacia la abolición revivió en la época progresista de inicios del siglo XX.<sup>69</sup> Nueve estados —Kansas, Minnesota, Washington, Oregón, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Tennessee, Arizona y Missouri— abolieron la pena capital.<sup>70</sup> Sin embargo, el comienzo de la Primera Guerra Mundial produjo una vez

61 PATERNOSTER 1991: 7, “En 1890, 86 % de todas las ejecuciones correspondió a las realizadas por la autoridad local, mientras que, alrededor de los años 1920, casi ocho de diez ejecuciones fueron efectuadas por la autoridad estatal».

62 Ver BANNER 2002: 88, quien recuerda el sentimiento abolicionista expresado en los editoriales de periódicos, cartas y textos de políticos en los años 1780 et 1790.

63 PATERNOSTER 1991: 8.

64 Paternoster 1991: 8

65 PATERNOSTER 1991: 9.

66 Así, Rhode Island lo hizo en 1852; Wisconsin en 1853.

67 Iowa lo hizo en 1872. Maine en 1876 y Colorado en 1897.

68 BOWERS 1974 6, tbl. 1-1.

69 BOWERS 1974: tbl. 7, discutiendo las ideas progresistas difundidas a inicios del siglo XX, como el abolicionismo, el feminismo, la prohibición del alcohol y la reforma de la prisión.

70 BOWERS 1974: tbl. 6 1-1, enumera los nueve Estados que abolieron la pena de muerte entre fines del siglo XX y la Primera Guerra Mundial.

más un repliegue del movimiento abolicionista, determinando su reintroducción en seis de los estados mencionados.<sup>71</sup> Después de la reimplantación posterior de la pena de muerte en Kansas,<sup>72</sup> a mitad del siglo XX, solo seis Estados no prescribían esta pena.<sup>73</sup>

A pesar de los retrocesos, la evolución en favor de la eliminación de la pena de muerte durante la segunda mitad del siglo XX ha devenido más poderosa. Alaska y Hawai eran abolicionistas cuando se transformaron en estados de la Unión en 1960<sup>74</sup> y los estados que la habían suprimido, salvo Delaware, no la han reintroducido.<sup>75</sup> Además, aún en los estados en los que la pena capital es mantenida, ha sido cada vez menos aplicada, produciéndose una disminución importante de las ejecuciones entre 1930 y 1970.<sup>76</sup>

Antes de 1970, la mayor parte de los cambios importantes en la doctrina norteamericana de la pena de muerte tuvieron lugar legislativamente en cada estado; sin embargo, en 1972, la decisión de la Corte Suprema en el asunto *Furman-Georgia*<sup>77</sup> inició un periodo en el cual los cambios más significativos relativos a la pena de muerte han sido de índole judicial federal. Desde el indicado caso, la Corte Suprema ha desempeñado un papel decisivo en el posicionamiento progresivo de los Estados Unidos en la orientación europea, ampliando constantemente el carácter anticonstitucional de la pena de muerte.<sup>78</sup>

En el caso *Furman*, la Corte no llegó a declarar inconstitucional la pena de muerte, sin embargo, afirmó (cinco jueces contra cuatro) que esta pena, como era aplicada en el caso *Furman* y en otros dos anexos, era «una sanción cruel y poco común, en violación de la octava y décimo cuarta enmiendas».<sup>79</sup> El resultado práctico de la decisión en este caso debía afectar el fundamento de todas las leyes que prevén la pena capital, en razón del poder de discreción —no controlado y tampoco regulado— reconocido a los jurados por estas leyes en los procesos criminales que conciernen casos de pena de muerte.<sup>80</sup> Así, para que esta pena continúe su aplicación era indispensable que los estados actualicen las directivas

---

71 BOWERS 1974: 6 tbl. 1-1, señala que Minisota, Dakota del Norte y Kansas eran los únicos Estados de los nueve mencionados que no habían restablecido la pena de muerte durante este periodo.

72 BOWERS 1974: 6 tbl. 1-1, indica que Kansas restableció la pena de muerte en 1935.

73 BOWERS 1974: tbl. 7.

74 Alaska y Hawaï suprimieron la pena capital en 1957.

75 Delaware solo abolió la pena capital de 1958 a 1961.

76 PATERNOSTER 1991: 11 fig. 1-1.

77 *Furman contra Georgia*, 408 Estados Unidos 238 (1972).

78 Ver *infra* notas 78, 97 y el texto adjunto.

79 *Furman contra Georgia*, 408 Estados Unidos, 240.

80 PATERNOSTER 1991: 19.

de condena relativas a la pena de muerte de conformidad con lo resuelto en el caso Furman. Treinta y cinco estados han tratado, mediante reformas legislativas, de restablecer la pena capital.<sup>81</sup> Sin embargo, han sido obligados a satisfacer otras exigencias establecidas por la Corte en casos posteriores, como el de Gregg contra Georgia,<sup>82</sup> en el que se sostuvo que las leyes que prevén la aplicación obligatoria de la pena de muerte eran inconstitucionales, mientras que las leyes que solo regulaban el poder de discreción de los jurados en caso de pena de muerte satisficieron al examen constitucional.<sup>83</sup>

Después de la breve pausa instaurada por el caso Furman, aunque muchos Estados hayan reformado su legislación para restablecer la pena de muerte, esta ha sido aplicada con menos frecuencia en los Estados Unidos. Raymond Paternoster afirma: «Desde el restablecimiento de la pena de muerte, solo un puñado de delincuentes han sido ejecutados cada año».<sup>84</sup> La disminución de la aplicación de la pena de muerte ha resultado de la acción legislativa y ejecutiva de parte de los estados, de la discrecionalidad de los jurados y jueces y, de manera primordial, de la acción de la Corte Suprema limitando esta pena.

Uno de los medios mediante los cuales la Corte ha limitado el recurso a la pena de muerte ha sido la restricción impuesta respecto de los delitos que merecen tal pena. En el caso Coker contra Georgia,<sup>85</sup> la Corte Suprema ha sostenido que esta pena no debería ser impuesta en caso de violación,<sup>86</sup> mientras que en el caso Enmund contra Florida,<sup>87</sup> los jueces supremos han restringido los casos en que podría ser aplicada tratándose de homicidio.<sup>88</sup> En estos casos, la Corte ha centrado su análisis en la cuestión de saber si la imposición de la pena de muerte a condenados por violación u homicidio sería conforme al estándar de evolución de la octava enmienda y, en ambos casos, ha definido esta norma considerando factores objetivos, como las acciones de los legisladores de los estados y de los jurados, con la finalidad de determinar la noción de «la opinión actual del país».<sup>89</sup>

La Corte también ha tomado en cuenta la opinión nacional en sus decisiones resolviendo el problema de a quiénes debe ser aplicada la pena de muerte. En el

81 PATERNOSTER 1991: 20.

82 *Gregg contra Georgia*, 428 Estados Unidos 153 (1976).

83 *Gregg contra Georgia*, 428 Estados Unidos 206-07; Cf. PATERNOSTER 1991: 21.

84 PATERNOSTER 1991: 21.

85 *Coker contra Georgia*, 433 Estados Unidos 584 (1977).

86 *Coker contra Georgia*, 433 Estados Unidos (1977) 598.

87 *Enmund contra Florida*, 458 Estados Unidos 782 (1982).

88 *Enmund contra Florida*, 458 Estados Unidos 801 (1982).

89 Coker, 433 Estados Unidos en 593; en relación con el asunto Enmund, 458 Estados Unidos 788-89 (discute la manera de abordar el asunto Coker y analiza la cuestión “de manera similar”).

caso *Atkins contra Virginia*,<sup>90</sup> la Corte Suprema ha sostenido que esta pena no debe ser impuesta a los retardados mentales<sup>91</sup> y, en el asunto *Thompson contra Oklahoma*,<sup>92</sup> la Corte ha considerado como «sanción cruel, poco común y contraria a la octava enmienda el hecho de ejecutar una persona de 15 o menos años de edad, en el momento del delito.»<sup>93</sup> Las conclusiones del asunto *Thompson* han sido restringidas por las del caso *Stanford contra Kentucky*,<sup>94</sup> en las que se confirma la constitucionalidad de la aplicación de la pena de muerte a una persona de 17 años de edad al momento del delito.<sup>95</sup> Sin embargo, esta decisión fue modificada en el caso *Roper contra Simmons*.<sup>96</sup> En este caso, la Corte consideró que la ejecución de los menores de 18 años al momento del delito es anticonstitucional según el estándar evolutivo de la octava enmienda.<sup>97</sup> Todos estos casos esclarecen la evolución de la concepción de la Corte sobre el «consenso nacional» («*national consensus*»), como ha sido demostrado principalmente por la acción legislativa de los estados relativa a la pena de muerte.<sup>98</sup>

La jurisprudencia de la Corte Suprema y su apreciación de la evolución del consenso nacional en estos casos demuestran una tendencia global hacia la limitación de la pena de muerte en los Estados Unidos. En virtud de las decisiones de la Corte Suprema, las personas condenadas por haber asesinado o violado, los individuos retardados y los menores de 18 años al momento de la comisión del delito no pueden ser ejecutados.<sup>99</sup> Actualmente, las legislaciones de 38 estados prevén aún la imposición de la pena capital, pero solo 33 de estos estados han llevado a cabo una ejecución desde 1976.<sup>100</sup> En 2004, solo 59 personas fueron ejecutadas a nivel nacional y en 2005 el número se redujo a 60,<sup>101</sup> mientras en 1999 se ejecutó

---

90 *Atkins contra Virginia*, 536 Estados Unidos 304 (2002).

91 *Idem* en 321.

92 *Thompson contra Oklahoma*, 487 Estados Unidos 815 (1988).

93 *Thompson contra Oklahoma*, 487 Estados Unidos 838 (1988).

94 *Stanford contra Kentucky*, 492 Estados Unidos 361 (1989), derogado mediante *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 551 (2005).

95 *Stanford contra Kentucky*, 492 Estados Unidos 380 (1989).

96 *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 551.

97 *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 578.

98 *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 564 (el punto de partida ha sido el examen de los indicios objetivos de consenso, como los expresados en especial por las reglamentaciones habiendo que tratan de la cuestión. Esos datos brindan informaciones esenciales.

99 Ver supra notas 84-97 y el texto adjunto.

100 *Revue d'information sur la peine de mort, Des faits sur la peine de mort* 1, (12 mai 2006), <http://www.deathpenaltyinfo.org/FactSheet.pdf>, (consultado el 4 de junio 2006).

101 *Idem*.

a 98 personas y en el 2000 a 85.<sup>102</sup> Además, el número de personas condenadas a muerte fue en 2004 el equivalente al 35% de las condenadas en 1998.<sup>103</sup>

Si bien al igual que en Europa han habido retrocesos temporales, la doctrina norteamericana sobre la pena de muerte ha evolucionado lentamente hacia la abolición. En especial, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha orientado casi constantemente hacia el abolicionismo desde 1972.<sup>104</sup> Para evaluar si las similares doctrinas europeas y norteamericana concluirán con la abolición de la pena capital en los Estados Unidos, es importante comprender el porqué de esta evolución semejante.

## II. LA TESIS DE GOODMAN Y JINKS

Para comprender por qué en los Estados Unidos la doctrina respecto a la pena de muerte se ha desarrollado en gran parte siguiendo a la europea, se debe observar la manera como se influyen recíprocamente en general. En la obra *Cómo influenciar los estados: socialización y derecho humanitario*, Ryan Goodman y Derek Jinks fijan un marco mediante el cual buscan explicar de manera completa cómo los Estados se influyen mutuamente, en particular en el dominio de los derechos humanos.<sup>105</sup> El análisis de Goodman y Jinks proporciona la base para comprender los factores influyentes que han formado la doctrina americana sobre la pena de muerte.

En el marco establecido por estos dos autores, hay tres mecanismos por los cuales los estados se influyen recíprocamente: la coerción, la persuasión y la aculturación. Diferenciando y definiendo estos tres mecanismos, Goodman y Jinks

102 Idem.

103 En 2005, solo 125 personas han sido condenadas a muerte en todos los países. Sociedad Judicial Americana, [http://www.ajs.org/include/story.asp?content\\_id=478](http://www.ajs.org/include/story.asp?content_id=478), (consulté le 4 juin 2006). En 1998, solo eran alrededor de 300. Revue d'information sur la peine de mort, supra nota 99, p. 3.

104 La sola excepción hecha por la Corte Suprema en su jurisprudencia constante restringiendo la pena de muerte ha sido *Stanford contra Kentucky*, 492 Estados Unidos 361 (1989), decisión recientemente abrogada por *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos. 551 (2005). Se debe igualmente indicar que la legislación federal ha minado levemente la evolución hacia la limitación de la pena de muerte por el hecho de restringir los alcances del mandato judicial en la Ley de 1996 sobre la pena de muerte efectiva y el antiterrorismo, Pub. L. N° 104-132, §§ 104-108, Statut 110. 1214-26 (codificada con sus modificaciones en las secciones dispersas de l'U.S.C.). Sin embargo, los cambios de los alcances del mandato son importantes para la doctrina relativa a la pena de muerte solo si una condena a muerte ya ha sido pronunciada y es en este primer nivel de condena que entran en consideración las restricciones de la Corte Suprema.

105 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 625-26 (sostienen que su análisis de la aculturación ayuda a proporcionar un "marco conceptual más perfeccionado").

ofrecen un método para entender la complejidad de la interacción estatal relativa a los derechos humanos.

Para Goodman y Jinks, la coerción es el «primero y más evidente mecanismo social». <sup>106</sup> Exige la práctica deliberada de parte de los estados que distribuyen «recompensas y sanciones materiales» a los demás estados para «aumentar las ventajas de la conformidad o los costos de no conformidad». <sup>107</sup> Así, la coerción funciona esencialmente alterando los cálculos de costes y beneficios de un estado en favor de cierto resultado». <sup>108</sup>

Debido a que la coerción depende de la capacidad del estado de alterar los cálculos de los costos y rendimientos de otro estado, la coerción implica necesariamente una dinámica de poder entre los estados. Goodman y Jinks sostienen que «mediante el recurso a la noción de coerción, las nociones tradicionales de poder —militar y económico— brindan los mecanismos principales para el cambio de prácticas estatales. <sup>109</sup> Los estados pueden forzar a otros estados mediante el empleo unilateral de medidas o amenazas militares o económicas, o pueden cooperar con esos estados mediante los instrumentos brindados por los tratados, concentrando su influencia coercitiva mediante el derecho internacional. <sup>110</sup> Cualquiera que sea la opción adoptada, la coerción exige cierto nivel —individual o de varios estados— de poder militar para influenciar eficazmente el comportamiento estatal.

Para Goodman y Jinks, la persuasión es un mecanismo menos poderoso, pero igualmente deliberado, por el que un estado influencia otro estado. En su opinión, es «el hecho de inculcar normas de manera activa, siempre estratégica, estando los actores conscientemente convencidos de la verdad, de la validez o de la conveniencia de una norma, creencia o práctica». <sup>111</sup> En el caso de la persuasión, los dos estados se dan cuenta del esfuerzo persuasivo y así un estado debe emplear medidas manifiestas —como la discusión cuidadosa y la lógica razonada— para afirmar su influencia.

La naturaleza evidente de la persuasión hace que los medios a través de los cuales ella es utilizada sean especialmente importantes para su eficacia. Goodman y Jinks describen varias técnicas que aumentan el esfuerzo persuasivo, comprendida la modalidad de enmarcar y de intercalar. <sup>112</sup> El hecho de enmarcar se relaciona

---

106 GOODMAN/JINKS 2004: 633.

107 GOODMAN/JINKS 2004: 633.

108 GOODMAN/JINKS 2004: 634.

109 GOODMAN/JINKS 2004: 690.

110 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 691 (“discuten la posibilidad de que la influencia coercitiva tenga lugar mediante los tratados, en particular los “acuerdos difícilmente concluidos”).

111 Goodman/JINKS 2004: 635

112 GOODMAN/JINKS 2004: 636-37.

con el contexto substancial en el que se presenta el material persuasivo. Ellos dicen que «la idea fundamental es que el llamado persuasivo de un mensaje contrario aumenta si la cuestión es estratégicamente encuadrada para concordar con las normas ya admitidas». <sup>113</sup> El intercalado está vinculado con el contexto procesal en el que se presenta el material persuasivo. Realizar este esfuerzo de manera apropiada tiene como consecuencia, para el público al que se le destina, «reflexionar con más intensidad sobre los méritos de un mensaje divergente». <sup>114</sup> Las maneras de enmarcar y de intercalar esos esfuerzos buscan que un estado sea más abierto a los esfuerzos de persuasión contenidos en los argumentos de otro estado.

Goodman y Jinks sugieren que, aún cuando la coerción y la persuasión hayan sido los mecanismos predominantemente utilizados en «la doctrina de primera generación» sobre las leyes referentes a los derechos humanos, <sup>115</sup> los dos elementos brindan un contexto inacabado, ya que la coerción «fracasa al tratar de comprender la complejidad del entorno social en el que los estados actúan», mientras que la persuasión «fracasa al tratar de explicar muchas maneras de cómo se presenta la difusión de las normas sociales y legales». <sup>116</sup> Por esto, sugieren que es indispensable un tercer mecanismo para comprender mejor la manera cómo los Estados se influyen recíprocamente; mecanismo que ellos denominan «aculturación». <sup>117</sup> Este mecanismo, socialmente importante pero sistemáticamente devaluado, <sup>118</sup> es definido «como el proceso general de adoptar la creencia y los patrones de comportamiento de la cultura circundante y que se da sin recurrir a medios directos de influencia, sino mediante «el cambio del entorno social del agente». <sup>119</sup>

Para que un estado pueda influenciar a otro, la aculturación requiere un tipo de acción que influya de una u otra manera la identidad colectiva del estado considerado. En el dominio de los derechos humanos, Goodman y Jinks plantean que influenciar las identidades colectivas no debería ser una acción compleja, visto que surge un medio social global en el que las normas sobre derechos humanos pueden ser desarrolladas. <sup>120</sup>

---

113 GOODMAN/JINKS 2004: 636.

114 GOODMAN/JINKS 2004: 637.

115 GOODMAN/JINKS 2004: 625.

116 Goodman/Jinks 2004: 625.

117 GOODMAN/JINKS 2004: 626.

118 GOODMAN/JINKS 2004: 700 (“Un modelo integrado debería tomar en serio los procesos de aculturación. En efecto, la aculturación ha sido sistemáticamente subvalorada (y a veces mal comprendida) en el curso de las discusiones relativas al régimen de los derechos del hombre”).

119 GOODMAN/JINKS 2004: 638.

120 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 646-56 (discuten la amplitud del isomorfismo a través de los Estados y proporcionan estadísticas y pruebas sobre la aculturación en un medio social global).

Una vez que el estado escogido está fuertemente insertado en el desarrollo social apropiado, el proceso de aculturación de este estado hacia la norma deseada exige de parte del otro estado que aplique diversas presiones cognitivas y sociales. Goodman y Jinks describen dos tipos de presiones cognitivas que desempeñan un papel en la aculturación: «(1) costos sociales y psicológicos no conformes (tal como la discordancia relacionada con la conducta contraria a la identidad o a los papeles sociales de un actor), y (2) ventajas sociales y psicológicas resultantes del proceso de conformarse a las normas y expectativas del grupo (tales como «el confort cognitivo» relacionado con el estatus social elevado y el ingreso en un grupo «adoptando ciertos valores»)).<sup>121</sup> Un estado que ejerce estas presiones cognitivas crea una «discordancia cognitiva» en el estado escogido —en razón de la diferencia existente entre, por un lado, estas presiones y, por otro, las acciones y creencias contrarias al estado escogido— con el fin de que este último elimine esta discordancia mediante su conformidad con la norma concernida.<sup>122</sup>

Goodman y Jinks identifican también dos clases de presión social que desempeñan un papel importante en la aculturación: «(1) la imposición de costos sociales y psicológicos para «la acción de hacer vergonzoso» o evitar cierto sujeto de derecho y (2) la atribución de ventajas sociales y psicológicas para el «*sostenimiento total* y otras manifestaciones de aprobación pública».<sup>123</sup> Estas presiones son más evidentes que aquellas de orden cognitivo e influyen la necesidad de parte del estado escogido de legitimidad social y de leyes, más que su sentido interno de legitimidad y de justificación. Una mezcla de presiones cognitivas y sociales puede ser más eficaz para alcanzar el resultado buscado.

Goodman y Jinks presentan, finalmente, un conjunto de variables que influyen en la eficacia de la aculturación, independientemente de la intensidad de las presiones ejercidas. Estas variables, derivadas de la teoría del impacto social, son «la fuerza, el carácter inmediato y la dimensión» del grupo.<sup>124</sup> Ellos exponen el principio de que «(1) la conformidad del grupo con las normas deviene más probable a medida que la importancia de aquel aumenta para el actor escogido ¿?

---

121 GOODMAN/JINKS 2004: 640 (citaciones omitidas).

122 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 640-41 («La disonancia cognoscitiva —definida ampliamente como el malestar provocado por tener dos o más cognoscitivos contradictorios— es un ejemplo útil. Este fenómeno es parte de un conjunto de procesos cognoscitivos ligados a la necesidad humana primaria de justificar acciones individuales en relación consigo mismo y terceros. Una presión interna como la discordancia cognoscitiva es aquella que una vez que los agentes interiorizan un cierto papel (o toda otra formación de identidad), son empujados a obrar y pensar de manera conforme a los fines y atributos fuertemente legitimados de este papel») (citaciones omitidas).

123 GOODMAN/JINKS 2004: 641.

124 GOODMAN/JINKS 2004: 642.

(y de manera análoga, la importancia de la cuestión en juego para el grupo); (2) la conformidad aumenta a medida que crece la exposición del actor escogido al grupo; y (3) la conformidad aumenta —hasta un punto— de manera análoga a la dimensión del grupo de referencia». <sup>125</sup> Por último, estas tres variables se relacionan con la necesidad de un Estado de cambiar su medio social para que la aculturación se produzca. Considerando al máximo la importancia, la exposición y la dimensión del grupo, un estado se asegura de que el alcance máximo de la emergencia del estado escogido en el contexto social sea apropiado, y así tenga lugar la aculturación del estado escogido.

De acuerdo con Goodman y Jinks, la aculturación funciona en pareja con la coerción y la persuasión, constituyendo una modalidad completa, mediante la cual las normas de los derechos humanos son transmitidas de un estado a otro. Así, apreciando la evolución de la doctrina americana relativa a la pena de muerte, el papel desempeñado por la aculturación —además de los atribuidos a la coerción y a la persuasión—, debe ser evaluado para explicar integralmente las semejanzas de los desarrollos registrados en Estados Unidos en relación con los obtenidos en Europa.

### III. EVALUACIÓN DE LAS SEMEJANZAS ENTRE LA CONCEPCIÓN EUROPEA Y LA DE LOS EE. UU.

Desde el inicio, está claro que las doctrinas sobre la pena de muerte europea y norteamericana se encuentran en una trayectoria semejante. Si bien en los Estados Unidos, como en Europa, se ha dado un largo periodo de progresión del movimiento abolicionista, marcado por algunos retrocesos temporales antes de que se suprima la pena de muerte en 1985, <sup>126</sup> en los EE. UU. existe actualmente una tendencia general hacia la abolición dirigida por la Corte Suprema, a pesar de los retrocesos indicados anteriormente. <sup>127</sup> La teoría de Goodman y Jinks ofrece tres medios poderosos para explicar las semejanzas de las mencionadas doctrinas sobre la pena de muerte.

Primero, la semejanza entre ambas concepciones podría ser el resultado de las tentativas de Europa y de otros estados que han suprimido la pena de muerte para presionar a los Estados Unidos. Si bien la tesis de Goodman y Jekins destaca a la coerción como medio viable para influenciar la actitud de los estados, las relaciones de poder entre los EE. UU. y los demás países evidencian como poco

<sup>125</sup> GOODMAN/JINKS 2004: 642.

<sup>126</sup> Protocolo N° 6 en la CEDH entró en vigor en 1985. Ver *supra* nota 38 y texto adjunto.

<sup>127</sup> Ver *supra* I. 1, I. 2.

probable que los Estados Unidos hayan sido coaccionados. No hay ejemplo de que la coerción sola haya tenido éxito sobre los EE. UU. en este ámbito.<sup>128</sup>

Segundo, la similitud entre Europa y los EE. UU. ha podido ser el resultado de los intentos directos de la primera para persuadir a los segundos. Existe buen número de pruebas de tales intentos.<sup>129</sup> El reconocimiento y la utilización de la doctrina y de la práctica europea por parte de algunos miembros de la Corte sugieren que la persuasión es un medio para explicar la semejanza entre la doctrina europea y la norteamericana sobre la pena de muerte. Sin embargo, la persuasión no explica todas las semejanzas existentes. Los jueces de la Corte Suprema no han declarado explícitamente que están persuadidos por la lógica de las fuentes extranjeras e internacionales; sino que presentan estas fuentes como ejemplos de lo que otros estados han hecho.<sup>130</sup> En efecto, algunos jueces rechazan enérgicamente toda utilización de los criterios europeos o de otras fuentes extranjeras en las opiniones de la Corte Suprema.<sup>131</sup> Estos factores hacen pensar que la persuasión no es probablemente el único medio de influenciar.<sup>132</sup>

En conclusión, el método de influencias que parece mejor explicar la marcada semejanza entre la concepción europea y la norteamericana sobre la pena de muerte es la idea de la aculturación. Con este criterio se sugiere que los Estados Unidos siguen la tendencia europea no solo en razón de la coerción y de la persuasión puras, sino también porque las ideas y el comportamiento de Europa, como elementos de la cultura de las democracias occidentales desarrolladas alrededor de los Estados Unidos, han influenciado más sutilmente las ideas y el comportamiento de los EE. UU. en cierto número de micro procesos.<sup>133</sup> La aculturación es necesaria para comprender de manera completa las semejanzas entre EE. UU. y Europa, ya que si bien los primeros han resistido a formas más manifiestas de presión social de parte de Europa y de otros estados occidentales, su tratamiento de la pena de muerte muestra cierta sensibilidad ante las presiones cognitivas y sociales tácitas ejercidas por esos otros estados.<sup>134</sup>

---

128 Ver *infra* III. 1.

129 Ver *infra* nota 146 y texto adjunto.

130 Ver *infra* nota 147-157 y texto adjunto.

131 Ver *infra* nota 158-162 y texto adjunto.

132 Ver *infra* III. 2.

133 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 68 (describen los microprocesos de aculturación, que comprenden la «ortodoxia, la imitación, la identificación y la maximalización del estatuto»).

134 Ver *infra* III. 3.

## 1. Los fracasos de la influencia coercitiva

Según la definición de coerción dada por Goodman y Jinks, es teóricamente posible que Europa y los demás Estados occidentales puedan brindar a los EE. UU., de cierta manera, una ventaja material para suprimir dicha pena o un costo material por no haberla suprimido, haciendo constatar a los EE. UU. que las ventajas de orientarse hacia la abolición son superiores a los costos.<sup>135</sup> Sin embargo, los Estados Unidos no parecen haber basado su accionar en una respuesta a un cálculo costo-beneficio.

Entre las medidas verdaderamente coercitivas que Europa y otros estados han utilizado contra los EE. UU. en relación con la pena de muerte, hay que mencionar las amenazas de no invertir en los estados que aplican dicha pena<sup>136</sup> y el rechazo de extraditar a los criminales a los EE. UU. debido a que aplican la pena capital.<sup>137</sup> A pesar de que el rechazo europeo de invertir tiene un costo económico para los EE. UU. y que el rechazo a extraditar reduce su capacidad para perseguir a los acusados en su jurisdicción, el fuerte poder económico y político de los Estados Unidos disminuye el impacto de esos costos. Estas medidas parecen poco apropiadas para hacer cambiar el comportamiento de los Estados Unidos y no hay ninguna evidencia de que estos hayan reaccionado ante ellas.

La mayor parte de las demás medidas coercitivas relativas a la pena de muerte son los tratados internacionales firmados por un cierto número de estados, tales como el PIDCP, su segundo Protocolo y la CDE,<sup>138</sup> que contienen disposiciones sobre la pena capital. Los Estados Unidos han ratificado el PIDCP con una reserva relativa a la utilización constante de la pena de muerte.<sup>139</sup> Una de las únicas

135 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 633 (definen la coerción como “el mecanismo social... por el cual los Estados y las instituciones influyen el comportamiento de otros Estados, aumentando las ventajas de la conformidad o los costos de no conformidad mediante las recompensas y las sanciones materiales”).

136 Ver la carta de Alan J. Donnelly, Presidente de la Delegación americana para las relaciones con el Parlamento europeo, a George Bush, gobernador de Texas (25 junio de 1998), <http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/EPDonBush.htm>, (consultado el 11 abril de 2006) (“Europa es el primer inversionista extranjero en Texas. Muchas compañías, bajo la presión de los accionistas y de la opinión pública en favor de prácticas comerciales morales, comienzan a considerar la posibilidad de limitar las inversiones en Estados Unidos en solo los Estados que no apliquen la pena de muerte”).

137 Ver DUGARD/VAN DEN WYNGAERT, 1998: 187, 191 (discuten la decisión de la Corte europea de derechos del hombre en el caso *Soering contra Reino Unido*, quien ha sostenido que una persona acusada de homicidio cometido en Virginia no debería ser extraditada del Reino Unido a los Estados Unidos cuando hay la posibilidad que sea condenada a la pena de muerte).

138 Ver *supra* notas 25, 31 y el texto adjunto.

139 Ver DEMLEITNER, 2002 141-42 (discutiendo las reservas establecidas por los Estados Unidos respecto al PIDCP).

ventajas materiales que los Estados Unidos recibirían de ratificar estos tratados es que podrían entonces tener la capacidad de hacer cumplir estos tratados sobre derechos humanos a otros estados, lo que constituye uno de los únicos costos materiales de no hacerlo que tienen actualmente. Estos tratados no son los «acuerdos coercitivos difícilmente alcanzados» considerados por Goodman y Links,<sup>140</sup> se trata más bien de incitaciones relativamente débiles para que los Estados Unidos cambien su comportamiento. Además, no hay prueba alguna de que hayan producido algún resultado.

Todas las demás medidas coercitivas aplicadas contra los Estados Unidos con respecto a la pena de muerte son factibles de tener el mismo destino que las medidas mencionadas anteriormente, ya que las medidas coercitivas más eficaces son las económicas y se trata del país más rico del mundo.<sup>141</sup> No importa qué medida económica coercitiva se utilice, pues es capaz de dañar más al estado que la ejerce que a los Estados Unidos, ya que tal acción puede tener como consecuencia la pérdida del acceso a los lucrativos mercados norteamericanos o una acción de represalia de parte de los Estados Unidos. La dinámica de poder que implica la coerción es evidente de manera intensa en lo que concierne a los EE. UU., lo que hace de la coerción un método muy poco realista para cambiar la actitud de este país en el ámbito de los derechos humanos.<sup>142</sup> La coerción no parece haber influenciado en el pasado las acciones de los Estados Unidos relativas a la pena de muerte y es poco posible utilizarla en el futuro.

## **2. El éxito parcial de la persuasión**

Europa, otros estados y actores independientes han asediado, estos últimos años, a los Estados Unidos para persuadirlos de suprimir la pena de muerte o, al menos, de restringir su aplicación.<sup>143</sup> Aunque estos intentos parezcan haber tenido cierto impacto en la doctrina americana sobre la pena de muerte, es poco probable que la persuasión sea el único mecanismo de influencia interestatal en actividad. Como Goodman y Jinks lo han determinado, la persuasión exige del estado escogido que esté concientemente convencido de la exactitud de una propuesta en el razonamiento del estado que busca persuadir y que este le brinda ayuda en lo

---

140 GOODMAN/JINKS 2004: 691.

141 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 633-34 (utiliza la ley sobre la ayuda extranjera, que es una reglamentación de los Estados Unidos que organiza la manera de proveer ayuda financiera a los países necesitados que no violen los derechos del hombre, como ejemplo de medida coercitiva).

142 Ver *supra* nota 108 y el texto adjunto.

143 Ver *supra* nota 145-146 y el texto adjunto.

referente al método de enmarcar y de intercalar estos esfuerzos.<sup>144</sup> Aunque Europa y otros estados han realizado una serie de esfuerzos para persuadir a los Estados Unidos, la respuesta no indica que hayan sido realmente persuadidos, a pesar de que hayan llegado a la misma conclusión que los estados que buscan persuadirlos. Probablemente la persuasión haya desempeñado un papel en el desarrollo de la doctrina norteamericana sobre la pena de muerte, pero la resistencia para reconocer este rol, en particular de parte de la Corte Suprema, indica que otro mecanismo de influencia, como la aculturación, también debe ser tomado en cuenta.

Los intentos de Europa por persuadir a los Estados Unidos a seguirla en la eliminación de la pena de muerte han comenzado con la elaboración de las directivas de política europea sobre la pena de muerte respecto a terceros países (1998),<sup>145</sup> que subrayan la voluntad de la UE de «trabajar para abolir universalmente la pena de muerte» y de «reclamar, en los países en que aún existe, que su aplicación sea progresivamente restringida y de insistir en el hecho de que sea ejecutada según estándares mínimos».<sup>146</sup> Poco tiempo después de que fuera publicado este documento, la UE ha comenzado a plantear una serie de informes, cartas, gestiones y tomas de posición dirigidas a los Estados Unidos para persuadirlos de suprimir la pena capital o, al menos, limitar su aplicación.<sup>147</sup>

El fuerte impacto de la persuasión ha tenido cierto efecto en los Estados Unidos. Los jueces de la Corte Suprema han citado en sus decisiones las prácticas estatales internacionales —y en particular europeas—, reconociendo su valor a título de ejemplo de lo que otros estados han realizado.<sup>148</sup> Citando como precedente la utilización de los informes internacionales en el caso *Trop contra Dulles*,<sup>149</sup> el juez White hizo referencia a un informe internacional considerado en las notas de

144 Ver *supra* nota 110-113 y el texto adjunto.

145 Ver *supra* nota 46 y el texto adjunto.

146 Ver las Directivas de la política europea hacia otros países en cuanto a la pena de muerte, *supra* nota 46.

147 La UE ha considerado un cierto número de acciones de política interna que se concentran sobre los Estados Unidos y su utilización de la pena capital, ha escrito cartas al Estado Americano y a figuras representativas del gobierno federal y ha sometido expedientes en el caso relativo a la pena capital de los Estados Unidos. Listas de estos documentos y enlaces referentes al texto integral pueden hallarse en el sitio Web de *l'UE Politique de l'UE et action sur la peine de mort*, <http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/deathpenhome.htm>, (consultado el 17 enero de 2005 y el texto adjunto).

148 Ver, por ejemplo, *Thompson contra Oklahoma*, 487 Estados Unidos 815, 830 N° 31 (1988) (Hemos identificado previamente la pertinencia de las opiniones de la comunidad internacional determinando si una punición es «cruel o inhumana»).

149 *Trop contra Dulles*, 356 Estados Unidos 86, 102-03 (1958). Aunque *Trop* no sea un caso de pena de muerte, ha establecido un precedente para citar la opinión internacional, lo que más tarde tendrá influencia en los casos de pena capital.

pie de página en los asuntos *Coker contra Georgia*<sup>150</sup> y *Enmund contra Florida*.<sup>151</sup> El juez Steven ha ido más lejos, hasta discutir el valor de los ejemplos de «otras naciones que comparten la herencia anglo americana» y de «principales miembros de la comunidad Europea occidental» en la decisión del caso *Thompson contra Oklahoma*.<sup>152</sup> La opinión discordante expresada por el juez Brennan en el caso *Stanford contra Kentucky* analiza largamente las prácticas de Europa occidental y de otros países.<sup>153</sup> El juez Stevens cita aún una toma de posiciones de la UE en una nota del caso *Atkins contra Virginia*.<sup>154</sup> Recientemente, la toma de posición de la UE y el papel de la opinión internacional han sido examinadas en el alegato oral en el caso *Roper contra Simmons*<sup>155</sup> y, el juez Kennedy, manifestando la opinión de la mayoría en este caso, discute en detalle las fuentes internacionales y extranjeras.<sup>156</sup>

Sin embargo, a pesar de la larga lista de casos en los cuales los esfuerzos persuasivos europeos e internacionales parecen haberse diferenciado, existen razones para creer que estos intentos no fueron eficaces en cuanto a persuasión. Dicho de otra manera, aun cuando los Estados Unidos hayan seguido el camino de Europa y aun mencionado la práctica en esta materia y los esfuerzos persuasivos hechos en esta dirección, es posible que los Estados Unidos no hayan procedido de esta manera porque estuvieran «convencidos de la veracidad, validez o de la manera apropiada» del sentimiento europeo hacia la pena de muerte.<sup>157</sup> En lugar de esto, los Estados Unidos han podido decidir de seguir el camino europeo por diferentes razones.<sup>158</sup> Esta conclusión se ve reforzada por el hecho que ninguna de las citas arriba señaladas atribuyen un valor persuasivo

---

150 *Coker contra Georgia*, 433 Estados Unidos 584, 596 N° 10 (1977).

151 *Enmund contra Florida*, 458 Estados Unidos 782, 796 N° 22 (1982).

152 THOMPSON, 487 Estados Unidos 830.

153 *Stanford contra Kentucky*, 492 Estados Unidos 361, 389-90 y N° 9-10 (1989) (opinión discordante del juez Brennan).

154 *Atkins contra Virginia*, 536 Estados Unidos 304, 316 N° 21 (2002).

155 Ver la transcripción del argumento oral en 13, *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos N° 551 (2005) 03-633 (la transcripción del argumento oral en 13, *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos N° 551 (2005) 03-633 (expone el papel de la ley extranjera en una cuestión planteada por el juez Kennedy “Nosotros hemos constatado una demostración muy substancial del hecho de que el mundo está contra esto, al menos en la interpretación de los dirigentes de la UE. ¿Es que esto concierne a lo que es poco usual?”).

156 Ver *ROPER*, 543 Estados Unidos 575-78 (por un lado, citando la CDE, el PIDCP, otros tratados, las prácticas del Reino Unido y otros países, refiriéndose “al peso notable de la opinión internacional contra la pena de muerte infligida a menores”).

157 GOODMAN/JINKS 2004: 635.

158 Ver *infra* III. 3.

o de precedente a las prácticas extranjeras o internacionales, solo son mencionadas como ejemplos.

La conclusión según la cual la persuasión no puede explicar del todo las semejanzas entre Europa y los Estados Unidos también es reforzada por la fuerte reacción de algunos jueces de la Corte Suprema contra el empleo del derecho extranjero o internacional como precedentes persuasivos. El juez Scalia inicia su serie de ataques sobre la utilización de la ley extranjera para interpretar la Constitución norteamericana, en su voto discordante en el caso *Thompson contra Oklahoma*, en el cual gana la confianza de la mayoría sobre el punto de que el precedente persuasivo de la práctica extranjera es «totalmente inapropiado».<sup>159</sup> En opinión del juez Scalia —representando la pluralidad de la decisión de los jueces— en el caso *Stanford contra Kentucky* expresa un rechazo parecido de la práctica extranjera,<sup>160</sup> lo mismo que en su voto discordante en el caso *Roper contra Simmons*.<sup>161</sup> Además, el juez en jefe Rehnquist estaba de acuerdo con las objeciones del juez Scalia en su voto discordante en el asunto *Atkins contra Virginia*.<sup>162</sup> Así mismo, los jueces Rehnquist y Thomas adhirieron la posición discordante del juez Scalia en el caso *Roper contra Simmons*, denunciando la utilización de fuentes internacionales y extranjera por parte de la mayoría de los jueces.<sup>163</sup>

Otro argumento para considerar la posibilidad de que los intentos persuasivos sean influyentes por otras razones que su persuasión es el hecho de que la mayor parte de las referencias a la ley extranjera, expresada en las opiniones antes indicadas, haya sido relegada a las máximas existentes en las notas de pie de página, tanto más que la decisión de las naciones europeas en favor de cierta vía no fue el factor central en las decisiones de la Corte en un ninguno de los casos mencionados. Además, puede también sostenerse que los jueces emplearon la ley extranjera para justificar las opiniones que ya tenían, con la finalidad de reducir al mínimo el aspecto del puro activismo jurídico. Si este fuera el caso, los jueces no fueron directamente persuadidos por la ley extranjera, sino que formaron sus opiniones

159 *Thompson contra Oklahoma*, 487 Estados Unidos 815, 869 n 4 (1988) (opinión discordante del juez Scalia).

160 Ver *Stanford contra Kentucky*, 492 Estados Unidos en 361, 369 N° 1 (1989) (afirmar que “las prácticas de otras naciones... no pueden servir para establecer... que la práctica es aceptada por nuestro pueblo”).

161 *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 622-28 (opinión discordante del juez Scalia).

162 *Atkins contra Virginia*, 536 Estados Unidos 304, 324-25 (2002) (opinión discordante del juez Rehnquist).

163 Ver *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 622 (opinión discordante del juez Scalia). (Los puntos de vista de nuestros propios ciudadanos son esencialmente impertinentes en relación con la decisión de hoy de la Corte, pero las opiniones de otros países y de la así nombrada comunidad internacional deben colocarse en el centro de nuestra atención).

a través de otros medios. Así, es importante de determinar lo que, sin considerar la persuasión, pueda producir el cambio gradual hacia la abolición de la pena de muerte en los Estados Unidos.

### **3. La influencia intensa de la aculturación**

Cuando se trata de la pena de muerte, los Estados Unidos parecen no ser sensibles a la influencia coercitiva de parte de la UE o de otros estados. Asimismo, tampoco parecen cambiar su visión solo por razones persuasivas, cuidadosamente elaboradas y procedentes de Europa o de otros lugares. En consecuencia, el grado elevado de semejanza entre la concepción sobre la pena de muerte europea y la norteamericana pueden ser el resultado de otro método menos evidente, el del proceso de aculturación.

Siguiendo a Goodman y Jinks, antes de que la aculturación se produzca, el estado en cuestión debe ser integrado en el medio social apropiado. En el caso presente, los Estados Unidos se identifican muy probablemente con el grupo de democracias occidentales desarrolladas de Europa, las cuales ya han suprimido la pena de muerte. Igualmente, es posible que también se identifiquen con el medio social global que promueve los derechos humanos.<sup>164</sup> Como los Estados Unidos, esos países tienen sistemas de gobierno democráticos, tienen un nivel parecido de desarrollo económico<sup>165</sup> y se muestran de la misma manera respetuosos de los derechos humanos en otros ámbitos que el de la pena de muerte.

Estando los Estados Unidos ya integrados en el medio social apropiado, la aculturación implica enseguida que los países europeos ejerzan de manera adecuada tanto presiones cognitivas como sociales.<sup>166</sup> Estas dos clases de presión pueden ser analizadas evaluando el movimiento existente en los Estados Unidos en favor de la abolición de la pena de muerte.

De manera cognitiva, las acciones de Europa en el contexto social de los países democráticos y su respeto al derecho crean a los Estados Unidos costos sociales y psicológicos. El hecho de que Europa y Estados Unidos tengan un grado semejante de respeto de los derechos humanos en otros sectores que el de la pena de muerte les permite mirarse como países respetuosos de los derechos humanos. Los Estados

---

164 Ver *supra* nota 119 y el texto adjunto.

165 En realidad diversos países son —junto a los Estados Unidos— miembros de la Organización para la Cooperación y el desarrollo económicos, cuyo países miembros son considerados por mucha gente como siendo los Estados más económicamente desarrollados. Ratificación de la Cooperación y el desarrollo económicos, [http://www.oecd.org/document/58/0,2340,en\\_2825\\_293564\\_1889402\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/58/0,2340,en_2825_293564_1889402_1_1_1_1,00.html) (consultado el 28 de febrero 2006).

166 Ver *supra* notas 120-122 y el texto adjunto.

Unidos se encuentran en la vanguardia del movimiento que busca propiciar regímenes internacionales para aumentar los derechos humanos a nivel global.<sup>167</sup> El respeto de los derechos humanos está implícito en la identidad y el papel social de los Estados Unidos, que se autopercebe como un país que exporta derechos humanos y no como uno que los viola.

El hecho de que los Estados Unidos no hayan suprimido la pena de muerte es discordante, desde un punto de vista cognitivo, con su identidad de respeto del derecho. La mayor determinación con la que Europa ha tratado de convencer los Estados Unidos y otros países de abandonar la pena de muerte crea una presión importante que refuerza esta discordancia. Según la opinión mayoritaria en el caso *Roper contra Simmons*,<sup>168</sup> el juez Kennedy reconoció la discordancia cognitiva provocada por las diferencias existentes entre los Estados Unidos y otros países respetuosos del derecho respecto de la pena de muerte. Cuanto más se difunde y se hace escuchar la oposición a la pena capital, el mayor empleo de esta pena, aún en vigor en gran parte de los Estados Unidos, parece contradecir su identidad como país respetuoso de los derechos humanos. Para resolver esta discordancia cognitiva, los Estados Unidos y en particular su Corte Suprema han limitado progresivamente su empleo.

Europa ha buscado también crear ventajas sociales y síquicas para que los Estados Unidos continúen recorriendo el mismo camino adoptado por la doctrina europea sobre la pena de muerte. Avanzando hacia la supresión de esta pena, los Estados Unidos, respetando los derechos humanos, mantienen su participación en el grupo «adoptando ciertos valores» de las democracias desarrolladas occidentales. Además, en la medida en que las objeciones contra la pena capital devienen más fuertes y más difundidas, la pena de muerte parece cada vez más contraria a los derechos humanos; asimismo, resulta progresivamente menos probable que un país que la aplique sea considerado como respetuoso de los derechos humanos. Dean Harold Hongju Koh afirma: «Tengo pocas dudas de que el hecho de continuar con esta práctica [aplicar la pena capital] por parte de los Estados Unidos ha minado nuestro llamado a conducir moralmente la lucha a nivel internacional en favor

167 Ver KOH 2002: 293 (“Desde la fundación los Estados Unidos han favorecido los derechos del hombre como piedra angular retórica de su política extranjera”).

168 Ver *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 578 («Las doctrinas y garantías constitucionales son colocadas en el contexto de la experiencia americana y son esenciales para nuestro autorretrato e identidad nacional actuales. No en último lugar, nosotros honramos la Constitución por que reconocemos que es la nuestra. Nuestra fidelidad a la Constitución o nuestro orgullo en sus orígenes no son violados por el reconocimiento de la afirmación expresa de ciertos derechos fundamentales para otras naciones y pueblos señala solo el lugar central de estos derechos en nuestra propia herencia de libertad»).

de los derechos humanos». <sup>169</sup> Para que los Estados Unidos puedan mantener su estatus de ser uno de los responsables mundiales en relación con los derechos humanos y para continuar armonizando su medio social con el modelo de las demás democracias desarrolladas occidentales, ellos deben proseguir hacia la abolición de la pena de muerte. <sup>170</sup>

Socialmente, los Estados Unidos sienten la presión del «mecanismo de vergüenza», debido a los frecuentes informes elaborados en Europa sobre la inhumanidad de la pena de muerte. <sup>171</sup> En un memorando firmado en 2000 y referido a esta pena, la UE, mencionando específicamente a los Estados Unidos y sus prácticas respecto a la pena de muerte, expresa:

La UE está profundamente preocupada por el número creciente de ejecuciones practicadas en los Estados Unidos, sobre todo porque desde el restablecimiento de la pena de muerte en 1976, la mayor parte de las ejecuciones se han efectuado en los años 90. Además, autorizando a condenar a muerte y ejecutar delincuentes menores de 18 años al momento de la comisión de la infracción, viola de manera evidente los derechos humanos internacionalmente reconocidos. <sup>172</sup>

El hecho de que la UE señale las violaciones de derechos humanos por parte de los Estados Unidos brinda un «mecanismo de vergüenza», haciendo presión para que los Estados Unidos para que se afilien al movimiento abolicionista. La UE trata también de colocar a los Estados Unidos en una posición vergonzosa al destacar su semejanza con países muy conocidos por no respetar los derechos humanos. <sup>173</sup> Además, cada vez que Europa busca persuadir los Estados Unidos

---

169 КоН 2002: 310.

170 Ver *supra* I. 2.

171 Ver *supra* nota 146 y el texto adjunto.

172 Mémorandum de la UE sobre la pena de muerte (el 25 de febrero de 2000), disponible en <http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/eumemorandum.htm>. La mención por la UE de un número creciente de ejecuciones pone en referencia uno de los periodos de retroceso en el movimiento hacia la abolición de la pena de muerte, durante la cual el número de ejecución ha subido a 98 en 1999. El número de ejecuciones ha disminuido sensiblemente desde la redacción de este memorando, llegando solo el número de ejecuciones ha disminuido sensiblemente desde la redacción de este memorando, llegando solo a 59 en 2004 y 60 en 2005. Revue d'information sur la peine de mort, *supra* nota 99 1.

173 Ver la interpelación dirigida a la UE y de los miembros de la comunidad internacional en la respuesta Amici Curii Supporting Respondent a 8-9, *Roper contra Simmons*, 543 Estados Unidos 551 (2005) (No.03-33) (colocando los Estados Unidos junto a Irán, Arabia Saudita, Nigeria, la República democrática del Congo, Yemen, Pakistán, et China como solo países por ejecutar niños desde 1990).

—en un expediente, una carta o mediante toma de posiciones— de abandonar su práctica de ejecutar personas,<sup>174</sup> se refuerza este efecto de producir vergüenza.

Igualmente, la UE expresa aprobación a los Estados Unidos cada vez que restringen la aplicación de la pena de muerte, proporcionándoles pequeñas ventajas sociales por dar pasos hacia la abolición de la pena capital. Cuando en Estados Unidos se dejó de ejecutar condenados mentalmente discapacitados —asunto *Atkins contra Virginia*— la UE saludó esta decisión.<sup>175</sup> Esta ligera palmada en el hombro indica que la UE se mostraría más entusiasta si los Estados Unidos decidieran suprimir completamente la pena de muerte.

El grado actual de aculturación que puede ser considerado capaz de influenciar la concepción norteamericana sobre la pena de muerte condiciona también la importancia, la exposición y el tamaño del grupo.<sup>176</sup> Tomar en cuenta cada una de estas variables refuerza el argumento de que la aculturación ha desempeñado un papel en el desarrollo de la doctrina sobre la pena de muerte en los Estados Unidos. En cuanto a la importancia del grupo, el entorno social de los Estados Unidos, conformado tanto por Europa como por otras democracias occidentales desarrolladas, es ciertamente significativo para los Estados Unidos. Especialmente desde la creación de la UE, Europa se ha transformado en una fuerza económica y social en el mundo y sus opiniones son influyentes en los organismos internacionales de los cuales los Estados Unidos también forman parte.<sup>177</sup> A causa de la importancia cada vez más grande de la cuestión de la pena de muerte para Europa, como lo demuestra el esfuerzo y el tiempo dedicados por la UE para combatir esta pena dentro de sus fronteras y en el mundo entero,<sup>178</sup> esto deviene un factor más importante para el grupo en su conjunto.

En cuanto a la exposición, la proximidad de los Estados Unidos a la UE aumenta en lo que concierne la pena de muerte. Además del fenómeno de la globalización, que produce una la mayor exposición debido al mejoramiento del transporte y de la tecnología, la UE ha laborado de manera constante para asegurar que los Estados Unidos estén constantemente expuestos a su oposición a la pena

174 Ver *supra* nota 146 y el texto adjunto.

175 Letter from the European Union to the U.S. Office of the Political Counselor (June 21, 2002), <http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/DarylAtkinsPrRel.htm> (last visited Apr. 11, 2006).

176 Ver *supra* notas 123, 124 y texto adjunto.

177 Por ejemplo, dos de los cinco miembros permanentes del Consejo de seguridad de la ONU son miembros de la UE (El Reino Unido y Francia).

178 Ver *supra* nota 146 y el texto adjunto.

capital.<sup>179</sup> Los Estados Unidos deberían estar aislados totalmente para evitar una exposición intensa de su entorno social en este sector.

En cuanto a la dimensión, la importancia del entorno social de los Estados Unidos que ha suprimido la pena de muerte continúa creciendo. Aunque este crecimiento sea relevante solo hasta cierto punto,<sup>180</sup> la UE y los grupos más importantes de las democracias occidentales desarrolladas han alcanzado sin duda este nivel. En consecuencia, las tres variables finales que influyen en la eficacia de la aculturación están reunidas, reforzando la gran probabilidad de que esta haya sido eficaz en la orientación de la concepción norteamericana relativa a la pena de muerte hacia el sentido de la europea.

En las huellas del desarrollo de la doctrina europea sobre la pena de muerte, los Estados Unidos han estado constantemente expuestos a las presiones cognitivas y sociales —ejercidas por otros Estados que conforman su entorno social— para que cambien de manera análoga su concepción sobre la pena de muerte. La aplicación restringida de esta pena por parte de la Corte Suprema, en favor de los derechos humanos, constituye una respuesta a estas presiones que caracterizan el mecanismo de la aculturación explicada por Goodman y Jinks. Bien que la persuasión directa y tal vez la coerción hayan estado implicadas en el desarrollo de la concepción norteamericana sobre la pena de muerte, la teoría de la aculturación permite la comprensión más completa de la manera cómo los Estados Unidos han reaccionado a los cambios provenientes de Europa y de otras regiones.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

El camino que se han fijado los Estados Unidos —limitar progresivamente la aplicación de la pena de muerte— es curiosamente parecido al seguido por Europa, la cual solo después de muchos años de lenta reforma ha suprimido la pena capital. Las semejanzas entre la situación en Estados Unidos y en Europa son muy fuertes hasta parecer coincidentes, pero las ideas tradicionales sobre la manera como los Estados se influyen recíprocamente —la coerción y la persuasión— no explican plenamente esas similitudes. Los Estados Unidos son demasiados poderosos como para que tenga efectos serios el cálculo de costos y beneficios que acompaña a los derechos humanos; y la reticencia de los jueces de la Corte Suprema —para reconocer valor de precedente al derecho extranjero e internacional en sus decisiones— hace

---

179 Ver *supra* nota 146 y el texto adjunto.

180 Ver GOODMAN/JINKS 2004: 642 N° 73 (señala que el tamaño del grupo es solo positivamente correlacionado con la amplitud de la influencia de tres u ocho).

poco probable que los efectos persuasivos hayan sido suficientes para convencer a los Estados Unidos para que cambien.

El vacío dejado por las teorías de la coerción y de la persuasión es llenado por la aculturación.<sup>181</sup> Esta es un proceso que funciona menos explícitamente que la coerción y la persuasión, explicando las semejanzas entre los Estados mediante la evaluación de las presiones sociales cognitivas y externas e internas. La aculturación explica plenamente las semejanzas entre los Estados Unidos y Europa en el desarrollo de sus doctrinas sobre la pena de muerte, ilustrando cómo la adhesión de los Estados Unidos al grupo de las democracias desarrolladas occidentales que respetan los derechos humanos —grupo que incluye Europa— le hace sentir las presiones cognitivas y sociales para conservar su identidad como líder en el dominio de los derechos humanos al limitar consecuentemente el recurso a la pena capital.

En particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha mostrado los efectos de la aculturación en sus decisiones recientes, limitando la pena de muerte conforme a la Octava Enmienda. Aun cuando los jueces no reconocen la persuasión del precedente extranjero, las decisiones de la Corte al aplicar la pena de muerte casi siempre han seguido el precedente extranjero. Queda a ver si los Estados Unidos seguirán del todo a Europa en el camino de la abolición. Pero la eficacia que la aculturación, al lado de algunas medidas persuasivas y coercitivas, ha tenido hasta ahora sobre la manera de influenciar la concepción y el comportamiento de los Estados Unidos indica que los abolicionistas pueden razonablemente esperar un resultado semejante.

---

181 GOODMAN/JINKS 2004: 626.

**LEY CONSTITUCIONAL N° 2007- 239 DEL 23 DE FEBRERO 2007.  
RELATIVA A LA PROHIBICIÓN DE LA PENA DE MUERTE (FRANCIA)**

JOSEPH DU PUIT

Por la importancia de la decisión francesa de constitucionalizar la prohibición de la pena de muerte, nos ha parecido útil presentar la ley correspondiente. Primero, transcribimos el texto legal y luego hacemos un breve comentario para orientar a los lectores.

Ley constitucional n° 2007- 239

El Congreso ha adoptado,

El Presidente de la República promulga la ley, cuyo texto sigue:

Artículo único

Se trata de agregar al título VIII de la Constitución un artículo 66-1, redactado así:

«Artículo 66-1. —Nadie puede ser condenado a la pena de muerte».

La presente ley será ejecutada como ley del Estado.

Hecho en Paris, el 23 de febrero 2007

Jaques Chirac. Por el Presidente de la República, el Primer ministro:  
Dominique de Villepin. Ministro de Justicia, Pascal Clément.

Nota explicativa:

Para comprender la evolución de la abolición de la pena de muerte en Francia es indispensable recordar los principales pasos dados. Nos limitaremos, dada la índole de la presente nota, a describir esquemáticamente los pasos dados en las últimas décadas. Con este objeto, hemos seguido de cerca el informe emitido sobre el proyecto de ley en la Asamblea Nacional francesa.<sup>1</sup>

A mediados de los años setenta, la discusión se planteaba entre quienes consideraban que dicha pena era inútil y que su aplicación disminuía constantemente y los sectores políticos que ejerciendo el poder no se decidían a abolirla. Un paso decisivo fue dado en 1977, cuando el Comité de estudios sobre la violencia, la criminalidad y la delincuencia recomendó “la abolición de la pena de muerte y en el caso en que el legislador se decidiera a hacerlo —decisión que solo a él pertenecía— la reemplazara con una pena de seguridad [...]. Durante un largo periodo (fijado por el legislador) a partir de su pronunciamiento, esta pena no debería ser modificada ni administrativa ni jurisdiccionalmente. El principio de la abolición de la pena de muerte ha sido adoptado por el Comité mediante votación secreta y aprobado por seis votos a favor, tres en contra y dos abstenciones».

En 1978, al examinarse el proyecto presupuesto para 1979, se planteó la supresión de los créditos destinados a remunerar el verdugo y el funcionamiento de la guillotina, los mismos que ascendían a casi doscientos mil francos. Propuesta que no fue aceptada. En el mismo año, no fue inscrita en el orden del día una propuesta de la Comisión de leyes de la Asamblea Nacional, planteando la derogación de la pena de muerte.

Sin embargo, en junio de 1979, tuvo lugar un «debate de reflexión y de orientación» sobre una declaración gubernamental relativa a la escala de penas criminales. Ocasión en la que el Ministro de Justicia propuso que se clasificaran en tres grupos los doscientos crímenes reprimidos con la pena de muerte. La primera constituida por los crímenes que no serían más sancionados con dicha pena, en junio de 1979, en la Asamblea Nacional. La segunda por aquellos que eran reprimidos con la pena capital, pero respecto de los cuales el Parlamento podría suspender su aplicación durante un periodo de prueba de cinco años. La tercera agruparía los crímenes abominables, como el homicidio de niños secuestrados o el homicidio acompañado de sevicias y torturas, así como los crímenes cometidos por un detenido ya condenado a una pena perpetua, en la medida en que los crímenes fueran sancionados con la pena de muerte, la que sería conservada durante un periodo de cinco años.

---

1 Informe de Philippe Houillon, en nombre de la Comisión de leyes, n° 3611, en <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3611.asp>.

En 1981, se vuelve a plantear la abolición de los créditos relativos a la ejecución de la pena muerte. Mientras tanto, una nueva proposición para abolir esta pena fue rechazada, al discutirse la ley «seguridad y libertad». En la campaña presidencial de ese mismo año, el candidato François Mitterand se declaró favorable a la eliminación de la pena de muerte y su competidor, Jacques Chirac, anunció que votaría contra la pena de muerte. Siendo elegido el primero, en mayo de 1981 concedió la gracia a un condenado a muerte, el mismo que sería el último en beneficiarse de esa medida. En julio del mismo año, el nuevo Ministro de Justicia anunció que iba a proponer la abolición de la pena de muerte. En agosto, el proyecto abolicionista fue aprobado por el Consejo de Ministros, el mismo que fue adoptado, en setiembre, por la Asamblea Nacional. Lo mismo hizo el Senado el mismo mes.

El 9 de octubre, la ley fue promulgada. La pena de muerte fue sustituida en las leyes que la preveían por la pena de reclusión criminal perpetua o la detención criminal perpetua, según el tipo de crimen concernido. Los seis condenados a muerte fueron indultados y su pena conmutada por la de reclusión a perpetuidad.

A partir de entonces, salvo en los periodos de tensión relacionados, por ejemplo, con atentados o crímenes sexuales en agravio de menores, el tema de pena de muerte se ha reducido progresivamente a un debate político y público. Aunque se constata que, durante este periodo, se han planteado alrededor de treinta propuestas para restablecer la pena de muerte para ciertos crímenes.

La mentalidad de los franceses ha evolucionado en el mismo sentido que la legislación, como lo demuestran diversos sondeos de opinión, aun cuando estos deben ser apreciados con gran precaución. Una encuesta realizada en noviembre de 2003 demostró que solo el 40 por ciento de franceses eran favorables al restablecimiento de la pena de muerte; pero más del 58 por ciento sostenían la opinión contraria.

En este contexto, se ha llegado a proponer y adoptar la consagración constitucional de la abolición de la pena capital en Francia. Con lo que se confirma el convencimiento de la inutilidad de esta pena por no ser disuasiva y porque su aplicación depende de dudas de un sistema judicial en particular discriminatorio y que incurre con frecuencia en errores evidentes. Por tanto, resulta necesario establecer una barrera eficaz contra la reintroducción de la pena de muerte, de modo que toda proposición de ley para restaurarla sea inadmisibles por contraria a la Constitución.

De esta manera el legislador francés ha seguido el mismo camino que otros legisladores europeos. Así, por ejemplo, la Ley fundamental alemana dispone, en su artículo 102, que «la pena de muerte es abolida». La Constitución finlandesa de manera amplia establece, en su artículo 7, que «todo individuo tiene derecho a

la vida, como a la libertad, inviolabilidad y seguridad de su persona. Nadie puede ser condenado a pena de muerte, torturado, ni sometido a tratamientos contrarios a la dignidad humana». El Portugal, ya en 1976, estatuyó en el artículo 2 de la Constitución que «la vida humana es inviolable» y que «la pena de muerte no existe en ningún caso».

## DOCUMENTOS



**POSICIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO CON RELACIÓN  
A LA PENA DE MUERTE<sup>1</sup>**

**EDUARDO VEGA LUNA**

**Sumario:** **I.** El Proyecto de Ley N° 669/2006-PE y los principios constitucionales que orientan la política punitiva del Estado. **II.** La pena de muerte en la normatividad peruana. **III.** La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte. **IV.** Las consecuencias de la aplicación de la pena de muerte y la necesidad de un debate amplio.

---

1 Se trata de la tema de posiciones de la Defensoría del Pueblo, Perú, y que fue transmitida al Congreso de la República, mediante Oficio N° 0011-2007-DP/ADHPD - Lima, 9 de enero de 2007, dirigido al entonces Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República. El texto del oficio es transcrito en seguida. Por razones de presentación editorial, se han hecho algunas modificaciones formales, sin alterar de manera alguna el texto del documento.

Doctor Raúl Castro Stagnaro

Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

Congreso de la República

Av. Abancay s/n - Lima 01

Ref.: Oficio N° 655-2006-2007-CJ-DDHH/CR

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted en relación al oficio de la referencia mediante el cual solicita la opinión de la Defensoría del Pueblo respecto del Proyecto de Ley N° 669/2006-PE, que propone sancionar con la pena de muerte las formas agravadas del delito de terrorismo y la reincidencia,

## **I. EL PROYECTO DE LEY N° 669/2006-PE Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE ORIENTAN LA POLÍTICA PUNITIVA DEL ESTADO**

El proyecto de Ley N° 669/2006-PE propone la aplicación de la pena de muerte a quienes pertenezcan al grupo dirigenal de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización. Dicha pena también sería de aplicación a los integrantes de grupos armados, bandas, pelotones, grupos de aniquilamiento o similares, de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas o grupos de personas indefensas sea cual fuere el medio empleado. Finalmente, contempla la aplicación de la pena de muerte a los reincidentes del delito de terrorismo.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la política criminal del Estado se encuentra limitada por los principios constitucionales que tienen a la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1°).

El Tribunal Constitucional ha expresado que un Estado de Derecho impone necesariamente el respeto de principios y derechos fundamentales por lo que en virtud de la «superioridad moral y ética de la democracia constitucional» no se puede colocar al mismo nivel de aquellos que con sus actos nocivos pretenden subvertirla. Por ello, el mencionado Tribunal ha señalado que «en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, [ya que] de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad [...] se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana».<sup>2</sup>

---

e incrementar las penas correspondientes a las demás modalidades de este delito, contempladas en el Decreto Ley N° 25475.

Como es de su conocimiento, de acuerdo a los artículos 161° y 162° de la Constitución Política, así como del artículo 1° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, esta institución se encuentra configurada como un órgano constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, así como de la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos.

En atención a ello, hago llegar a su despacho las siguientes consideraciones en relación a la propuesta legislativa antes mencionada, en especial, en lo referente a la aplicación de la pena de muerte para el delito de terrorismo.

2 STC de 3 de enero de 2003 (Expediente N° 010-2002-AI/TC). Caso Tineo Silva, párr. 189 y 220.

En atención a estas consideraciones, la pretensión punitiva del Estado no puede ser el resultado de un ejercicio retributivo, sino que debe orientarse a prevenir futuros hechos delictivos y posibilitar la rehabilitación social del delincuente. En un sistema jurídico así concebido, las penas que niegan el valor esencial de la dignidad humana, no pueden tener cabida.<sup>3</sup>

## **II. LA PENA DE MUERTE EN LA NORMATIVIDAD PERUANA**

La Constitución Política de 1933, permitía la aplicación de la pena de muerte «por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la ley». Al amparo de lo señalado en dicha Carta Política, se expidieron diversas normas que ampliaron la pena de muerte a varios delitos.

Sin embargo, el Decreto Ley N° 18968, de 21 de setiembre de 1971, restringió la pena de muerte a los delitos de traición a la patria, homicidio como consecuencia de rapto y sustracción de menores. Posteriormente, se contempló la pena de muerte para quienes hubieren hecho sufrir el acto sexual u otro análogo a un menor de 7 años en virtud del Decreto Ley N° 20583, de abril de 1974.

Estando vigentes estas normas, el Perú aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante el Decreto Ley N° 22231, de 11 de junio de 1978, sin formular reserva alguna a sus disposiciones, siendo ratificada ese mismo año. Cabe indicar que este tratado internacional fue ratificado posteriormente a través de la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979, quedando de esta forma nuestro país obligado a su cumplimiento.

Conviene mencionar que la Constitución de 1979, restringió la aplicación de la pena de muerte únicamente al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior (artículo 235°).

Posteriormente, la Constitución Política de 1993 amplió la pena de muerte a los delitos de traición a la patria en caso de guerra y terrorismo, cuya compatibilidad con la Convención Americana se analiza en los acápitales siguientes.

## **III. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA TENDENCIA LIMITATIVA DE LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE**

El artículo 4° de la Convención Americana contiene disposiciones vinculadas con la protección del derecho a la vida y regula aspectos relacionados con la imposición de la pena de muerte que revelan una tendencia limitativa en la aplicación de esta pena. Así los incisos 2 y 3 del mencionado artículo señalan:

---

3 PEÑA CABRERA FREYRE, p. 271.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. (subrayado nuestro)
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

Con la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado peruano asumió entre otras obligaciones no extender la aplicación de la pena de muerte a los delitos que no estuvieran sancionados con esta pena, así como no restablecerla en el supuesto de que esta haya sido derogada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse en dos ocasiones sobre la extensión de la pena de muerte, en las opiniones consultivas OC-03/83 y OC-14/94, de 8 de setiembre de 1983 y 9 de diciembre de 1994, respectivamente.

La primera opinión consultiva, denominada «Restricciones a la pena de muerte»,<sup>4</sup> se produjo con ocasión de la ampliación de la pena de muerte en Guatemala a delitos que no se encontraban sancionados con esta pena al momento de ser ratificada la Convención Americana. Dicho país, argumentó que al haber formulado reserva al artículo 4º inciso 4 del referido instrumento internacional, estaba facultado a ampliar la pena de muerte a nuevos delitos.

En este caso, la Corte expresó que el artículo 4º inciso 2 de la Convención «si bien [...] no llega a suprimir la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente, impidiéndose con ello la expansión de la lista de delitos castigados con dicha pena».<sup>5</sup>

De esta forma —señala la Corte— la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que este se vaya reduciendo hasta su supresión final.<sup>6</sup>

En el caso peruano, la Constitución Política de 1979 ratificó nuestra adhesión a la Convención Americana y restringió la pena de muerte al delito de traición a la

---

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de setiembre de 1983. Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

5 *Ibidem*, pf. 56.

6 *Ibidem*, pf. 57.

patria en caso de guerra exterior. En virtud de ello, el Estado peruano se encuentra impedido de ampliar la pena de muerte a otros supuestos.

La incorporación de la pena de muerte para el delito de terrorismo en la Constitución de 1993, constituye una contravención de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la medida en que extiende la aplicación de dicha pena a nuevos supuestos.

En efecto, la Opinión Consultiva OC-14/94, denominada «Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención»,<sup>7</sup> emitida a raíz de la incorporación en la Constitución peruana de 1993 de la pena de muerte para el delito de terrorismo (artículo 140°), señaló que:

[...] la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de esta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.<sup>8</sup>

De esta forma, la aprobación de una norma de desarrollo constitucional de la pena de muerte también resultaría contraria a las obligaciones asumidas por el Estado peruano al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, no resultaría adecuado sostener, como lo hace la exposición de motivos del Proyecto de Ley, que «la pena de muerte para el caso de terrorismo ya se encuentra establecida en nuestra Constitución [de 1993], lo que legitima jurídicamente su aplicación».

Respecto al valor de las opiniones consultivas expedidas por la Corte Interamericana, es necesario mencionar que estas contribuyen al cumplimiento de las obligaciones de los Estados. En este sentido, la Corte ha expresado que «la función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA».<sup>9</sup>

---

7 Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

8 Ibidem, pf. 58.1.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de setiembre de 1982. «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Perú. párrafo 25.

#### **IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE Y LA NECESIDAD DE UN DEBATE AMPLIO**

El Proyecto de Ley N° 669/2006-PE, amplía la pena de muerte para las formas agravadas del delito de terrorismo y para los reincidentes de este delito, situación que requiere la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según lo previsto por el artículo 44° inciso 1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados,<sup>10</sup> y el artículo 78° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la denuncia de la Convención debería ser total en atención a que no se contempla la posibilidad de realizar denuncias parciales. Dicha denuncia, surtiría efectos un año después de su realización, no pudiendo el Estado denunciante aplicar la pena de muerte en tanto no transcurra dicho plazo, sin incurrir en responsabilidad internacional.

La denuncia de la Convención implicaría renunciar a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imposibilitando con ello que los peruanos y peruanas puedan acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos ante la vulneración de sus derechos por parte del Estado.

El proyecto de ley señala que «la pena de muerte para actos de terrorismo expresará una clara y contundente respuesta de un Estado que no está dispuesto a permitir que el país vuelva a sufrir las consecuencias del demencial accionar de los mencionados grupos terroristas».

La Defensoría del Pueblo considera que efectivamente debe darse una lucha frontal al terrorismo en el país y aplicar las sanciones más severas que existen en la legislación actual. Sin embargo, la aplicación de la pena de muerte en estos casos constituiría una señal equivocada en la solución de los problemas derivados de las acciones terroristas y criminales que enfrenta nuestra sociedad. Una sociedad democrática como la peruana, debe basarse en el respeto del ser humano y hacer de los derechos humanos su regla esencial de actuación.

El Estado antes que pensar en la eliminación de estas personas debe implementar acciones dirigidas a luchar eficazmente contra el terrorismo y reflexionar profundamente sobre las consecuencias que traerían para el país la eventual aprobación y aplicación de la pena de muerte.

En virtud de las consideraciones antes mencionadas, la Defensoría del Pueblo considera inadecuada la aprobación del proyecto de Ley N° 669/2006-PE que propone sancionar con la pena de muerte las formas agravadas del delito de te-

---

10 Según el artículo 44° inciso 1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el derecho de una parte a denunciar un tratado, retirarse de el o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del mismo, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.

rorismo y la reincidencia, toda vez que ello contraviene los compromisos asumidos por el Estado peruano al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, es conveniente mencionar que de aprobarse dicha norma esta sería inconstitucional y podría ser evaluada por el Tribunal Constitucional o en su caso por el Poder Judicial —mediante el control difuso— el cual podría decidir no aplicarla, es decir, al final resultaría siendo ineficaz.

Me valgo de la oportunidad para expresar a usted los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

*Eduardo Vega Luna, Adjunto para los Derechos Humanos*



**LA PENA DE MUERTE**

**Informe Jurídico elaborado para el Colegio de Abogados de Lima<sup>1</sup>**

**WALTER ALBÁN PERALTA**  
**RONALD GAMARRA HERRERA**  
**CARLOS RIVERA PAZ**  
**FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS**

**Sumario:** **I.** Marco constitucional. **II.** La pena de muerte frente al derecho internacional. **III.** La inconstitucionalidad de la pena de muerte. **1.** Por contrariar las propias disposiciones constitucionales. **2.** Inconstitucionalidad por contraria a principios de interpretación constitucional en materia de derechos humanos. **IV.** ¿La pena de muerte como sanción? **1.** La potestad punitiva del Estado. **2.** La finalidad de la sanción penal. **3.** Principio de racionalidad y humanidad frente a la pena de muerte. **4.** Principio de proporcionalidad y pena de muerte. **V.** Análisis de los proyectos de ley ante el examen de razón y proporcionalidad. **VI.** Conclusiones.

---

1 Este informe fue entregado por los autores mediante una nota de presentación, que se transcribe en seguida. Algunas modificaciones formales se han realizado teniendo en cuenta las pautas seguidas en el presente volumen. El texto comienza con una breve presentación, que transcribimos en seguida:

## I. MARCO CONSTITUCIONAL

A partir de la vigencia de la constitución de 1979, en el Perú la pena de muerte se mantuvo con carácter de excepción, exclusivamente para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior. De esta manera, al haber entrado en vigencia dicho texto constitucional en circunstancias en las que el Estado peruano había ya suscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, se hizo evidente que dicha sanción no podía ser extendida a supuestos diferentes al allí previsto.

En efecto, dado que el inciso 2 del artículo 4° de la citada Convención, prohíbe a un Estado parte ampliar los supuestos para la aplicación de esa drástica medida «... a delitos a los cuales no se aplique actualmente» quedó claro que, para lo sucesivo, dicha pena no podía ser impuesta a ninguna otra conducta delictiva, salvo que, al efecto, se optara por denunciar previamente la Convención Americana, colocando entonces al Perú al margen del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

No obstante ello, los constituyentes para la Carta de 1993, optaron por ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte, al señalar que ella podía ser impuesta también por los delitos de traición a la patria en caso de guerra interna y el de terrorismo. Así, el artículo 140° de la Constitución dice expresamente:

«Artículo 140°.- La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada».

En consecuencia, al haberse omitido el señalamiento de que debía tratarse de una «guerra exterior», como lo contemplaba en su artículo 235° la Constitución anterior en referencia al delito de traición a la patria y, al mismo tiempo, afirmar que la pena de muerte podía aplicarse también al delito de terrorismo, no cabe

---

### Presentación

Ante la solicitud del Ilustre Colegio de Abogados de Lima los firmantes hemos elaborado el presente Informe Jurídico en relación a La Pena de Muerte, tema sobre el cual resulta necesario e impostergable que el Colegio emita su opinión ante los poderes del Estado y la opinión pública.

En ese sentido el presente informe contiene un análisis del marco constitucional vigente, de las normas de derecho internacional suscritas y ratificadas por el estado peruano, el análisis de la pena de muerte como sanción penal y el examen de los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República.

Lima, febrero de 2007

Walter Alban Peralta, Ronald Gamarra Herrera, Carlos Rivera Paz, Felipe Villavicencio Terrero

Source: [http://www.cal.org.pe/web20070209/contenido/comisiones\\_consultas/pena\\_muerte.html](http://www.cal.org.pe/web20070209/contenido/comisiones_consultas/pena_muerte.html)

duda que se transgredieron los límites establecidos por el Pacto de San José, que el Perú se hallaba obligado a respetar.

Ahora bien, la fórmula utilizada en el nuevo texto sin embargo, que añade a los supuestos para la aplicación de la pena capital el que ello se verifique «... conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada», en términos prácticos, impide que pueda materializarse la ampliación que el mismo artículo constitucional pretendió consagrar.

En efecto, si la ampliación propuesta, procede siempre que guarde correspondencia con los tratados en los que el Perú es parte, queda claro entonces que, en tanto el Estado peruano no se desvincule mediante el mencionado procedimiento de denuncia de la Convención Americana, el citado inciso 2 del artículo 4º de la misma, impide tal ampliación.

En adición a ello, conforme lo desarrollaremos más adelante, otros artículos del propio texto constitucional refuerzan esta opinión contraria a la posibilidad de ampliar los supuestos para la aplicación de la pena de muerte en el Perú.

En tal virtud, no obstante la equívoca redacción del artículo 140º de la actual Constitución, en la actualidad, el único supuesto que admite la posibilidad de sancionar con la pena capital la comisión de un delito en el Perú, sigue siendo el de traición a la patria en caso de guerra exterior.

A partir de tales consideraciones, coincidimos con Marcial Rubio Correa cuando, a propósito de esta cuestión manifiesta: «...estimamos que la medida más correcta que podría tomar el Perú es modificar el artículo 140º de la Constitución y adecuarlo a las exigencias que plantea la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debidamente concordada con el que fue artículo 235º de la constitución de 1979, que para estos efectos sigue siendo el límite máximo posible de aplicación de la pena de muerte en el Perú».<sup>2</sup>

## **II. LA PENA DE MUERTE FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL**

La pena de muerte es una afrenta a la humanidad, un castigo inhumano e innecesario, que supone una violación de dos derechos humanos fundamentales: el derecho a la vida y el derecho de toda persona a no ser sometida a penas crueles, inhumanas o degradantes; que no resuelve el problema del crimen; y que no tiene un mayor poder disuasorio frente al crimen que otros castigos (al respecto, puede consultarse el estudio acerca de la relación entre la pena de muerte y los índices de homicidios, elaborado para la ONU en 1988 y actualizado en el año 2002). Por lo demás, las cifras más recientes de criminalidad recopiladas en países donde no

---

2 RUBIO CORREA 1999: 156.

existe la pena de muerte no demuestran que la abolición haya producido efectos negativos

Respecto a la pena de muerte, debe decirse que la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha seguido, primero, una tendencia de afirmación del derecho a la vida, y después, una tendencia claramente abolicionista en el mundo.

### **1. Los instrumentos internacionales y la afirmación del derecho a la vida y el derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes.**

A lo largo del siglo XX diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos han sostenido, una y otra vez, el derecho de todo ser humano a la vida. Entre otros, podemos citar los siguientes:

1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948; cuyo artículo I señala que «Todo ser humano tiene derecho a la vida...».
2. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 3 dice «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona», y su artículo 5 que «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».
3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 6 dice que «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente» (6.1), que «En los países en que no hayan abolido la pena capital solo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos» (6.2) y que «Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital» (6.6); por su parte, el artículo 7 dispone que «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

El Pacto establece que el derecho a la vida es inherente de cada ser humano. De ello se desprende que, su intención es la de limitar al máximo el uso de la pena de muerte, e incluso deseable su abolición. Además, debe tenerse presente que en sus comentarios sobre esta disposición del Pacto,

el Comité de Derechos Humanos ha precisado que la frase «los más graves delitos» debe interpretarse de forma restrictiva en el sentido de que la pena de muerte debe constituir una medida sumamente excepcional.

4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, el 21 de noviembre de 1969, cuyo artículo 4 estatuye que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida» (4.1), «En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves... Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente» (4.2) y «No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido» (4.3).

Así pues, la Convención Americana se orienta hacia una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de la pena de muerte, tanto en su imposición cuanto en su aplicación.

En la Opinión Consultiva OC—3/83, del 8 de septiembre de 1983, sobre las restricciones a la pena de muerte de ciertos artículos a la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «La circunstancia de que la Convención reduzca el ámbito posible de aplicación de la pena de muerte a los delitos comunes más graves y no conexos, es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable solo en condiciones verdaderamente excepcionales» (párrafo 54). Y, de forma más radical afirma la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte que se deriva del artículo 4 de la Convención, cuando anota que «En efecto, según el artículo 4.2 in fine, «tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente» y, según el artículo 4.3, «no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido». No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable (párrafo 56).

## **2. Los instrumentos internacionales y la tendencia abolicionista de la pena de muerte**

El carácter progresivo de los derechos fundamentales de las personas ha llevado a los Estados a no retroceder en la aplicación o recorte de estos derechos, particularmente el que afirma la vida. Pero no solo eso. En las últimas décadas se ha debatido y adoptado un conjunto de tratados internacionales relativos a la prohibición global y total de la pena de muerte. De esta manera, los Estados se han comprometido a no recurrir a ella. En general, la tendencia abolicionista sobre la pena de muerte descansa en la idea de que toda persona tiene el derecho inalienable a que se le respete su vida sin que este derecho pueda ser suspendido por ninguna causa; la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado; y que la abolición de la pena de muerte contribuye a asegurar una protección más efectiva del derecho a la vida.

A la fecha, son cuatro los acuerdos vigentes que concretan la tendencia abolicionista de la pena de muerte.

1. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128, de 15 de diciembre de 1989, cuyo preámbulo sostiene que «... la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos...»; y cuyo artículo 1 refiere que «No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo» (1.1) y que «Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción» (1.2).

El Protocolo ha sido ratificado por 60 Estados y otros 8 lo han firmado.

2. El Protocolo a la Convención Americana sobre derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, aprobado en el vigésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, Asunción, Paraguay, 8 de junio de 1990; cuyo artículo 1 dispone que «Los Estados partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción».

El Protocolo prohíbe la pena de muerte en tiempo de paz, otorga la posibilidad a los Estados parte de aplicarla en tiempos de guerra para aquellos casos que sean «sumamente graves» (artículo 2.1 y 2.2).

El acuerdo ha sido ratificado por ocho Estados americanos y firmado por un Estado.

3. El Sexto Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, referente a la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, aprobado por el Consejo de Europa en 1982, considerando que «los avances realizados en varios Estados miembros del Consejo de Europa expresan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte», prescribe en su artículo 1 que «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado».

El Protocolo ha sido ratificado por 45 Estados europeos y han firmado por un Estado.

4. El Protocolo número 13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Vilnius, de 3 de mayo de 2002, cuyo artículo 1 establece la abolición total de la pena de muerte en cualquier circunstancia.

Este Protocolo ha sido ratificado por 38 Estados europeos y firmado por otros 6 Estados.

### **3. Otros hitos de la tendencia abolicionista de la pena de muerte**

En los últimos años, también, la conveniencia de los Estados de abolir la pena capital ha sido evidenciada por diversos órganos de las Naciones Unidas. Así por ejemplo, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Seguridad, en sus resoluciones 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 y 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994, a través de las cuales se establece los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, ha dejado de lado la pena capital y fijado la pena privativa de la libertad como la única sanción a imponerse por la comisión de delitos tan abominables como los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.

El Comité de Derechos Humanos que, en sus Observaciones al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluye que «todas las medidas encaminadas a la abolición deben ser consideradas un avance en el disfrute del derecho a la vida».

En el mismo sentido puede también mencionarse las resoluciones 2393 (XXIII), 2857 (XXVI) y 39/118) de la Asamblea General de Naciones Unidas; el informe del Secretario General sobre la pena capital (E/1995/78 y Add.1 y Add.1/Corr.1), sometido al Consejo Económico y Social en 1995; las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que, anualmente, han instado a los países que no han abolido la pena de muerte a suspender las ejecuciones; la postura del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, orientada a la conveniencia de abolir la pena de muerte; y,

el estudio mundial llevado a cabo por la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas sobre la pena capital, denominado «Quinto estudio sobre la pena capital y la aplicación de las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte», de 1995.

Por lo demás, es un hecho cierto que la tendencia hacia la abolición de la pena de muerte a escala mundial parece imparable, pues desde 1990 más de 40 países y territorios han abolido la pena capital para todos los delitos. Según los últimos datos de los que dispone Amnistía Internacional, 88 países y territorios han abolido la pena de muerte para todos los delitos (en 1977, solo 16 países habían abolido la pena capital para todos los delitos); 11 países han abolido la pena de muerte para todos los delitos salvo los excepcionales, como son los cometidos en tiempo de guerra; y 29 países son considerados como abolicionistas de hecho: mantienen en su legislación la pena de muerte pero no han llevado a cabo ninguna ejecución en los últimos 10 años o más y se considera que tienen como norma de actuación o práctica establecida no llevar a efecto ninguna ejecución. Todo ello supone que un total de 128 países han abolido la pena de muerte en su legislación o en la práctica (<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty—facts—esl>).

Recientemente (inicios del 2007), la Eurocámara ha adoptado por 591 votos a favor una resolución en la que se pide una moratoria universal sobre la pena de muerte, orientada a su abolición total.

#### **4. El Estado peruano y la imposibilidad de desconocer las obligaciones internacionales por él asumidas.**

Nadie discute hoy en día el principio de derecho internacional según el que tal derecho tiene primacía sobre el derecho interno.

Por lo mismo, el Estado peruano se encuentra obligado por los tratados internacionales de los que es parte, entre otros, la Convención Americana de Derechos Humanos, que afirma la vida y pone límites definitivos e irrevocables a la aplicación de la pena de muerte. El Pacto de San José y la interpretación que de su artículo 4 ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos dan cuenta de un proceso progresivo e irreversible que, de un lado, impide el incremento del catálogo de crímenes pasibles de la pena de muerte, y de otro, prohíbe su restablecimiento para todo delito.

De conformidad con el Tratado de Viena, según el cual los acuerdos internacionales se interpretan de acuerdo con el principio de buena fe y deben de cumplirse, el Estado peruano se encuentra impedido de ampliar las causales y restablecer la pena de muerte.

Además, de manera general, debe señalarse que la adopción en la vía interna de una disposición contraria a las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar el Pacto de San José constituye una violación del mismo.

### **III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE MUERTE**

#### **1. Por contrariar las propias disposiciones constitucionales**

Más allá de los argumentos expuestos en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, para sostener que no cabe la ampliación del supuesto de pena de muerte que contemplaba el artículo 235º de la constitución de 1979, es importante tener presente además, y de manera complementaria, que el contenido esencial del los artículos 1º, 2º, 3º, 55º, así como de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, rechaza también la posibilidad de tal ampliación.

Así, cuando el artículo 1º de la Constitución se refiere a que «La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y el Estado», consagra a la vez, un derecho y un principio que deben orientar toda la actuación del Estado, vinculándolo al respeto a los derechos fundamentales que la propia Constitución consagra en favor de la persona humana.

En este sentido, aun cuando refiriéndose a la pena de cadena perpetua, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando «... la cadena perpetua es incompatible con el principio–derecho de dignidad humana, puesto que detrás de los fines constitucionales de la pena —reeducación, rehabilitación y reincorporación— también se encuentra necesariamente una concreción del derecho-principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Precisamente, dicho derecho principio, en su dimensión negativa, impide que los seres humanos sean tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada persona, incluso la que delinque, debe ser considerada como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía».<sup>3</sup>

En el mismo sentido, el considerando 17 de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma: «... De ahí que la ejecución de política de persecución criminal del Estado, se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales, así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional, radica en que esta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales...».<sup>4</sup>

---

3 STC N° 003-2005-PI/TC del 9.de agosto de 2006.

4 STC N° 003-2005-PI/TC del 9.de agosto de 2006

Obviamente, tales afirmaciones, no obstante estar referidas a la pena de cadena perpetua, alcanzan también a la pena de muerte y constituyen una expresión de la manera como nuestra máxima instancia de control constitucional, ha establecido límites claros a su aplicación. A tal efecto, el tribunal ha tenido presente el contenido esencial del texto constitucional en materia de derechos fundamentales, particularmente en lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, que consagran el principio de la dignidad y el derecho a la vida, respectivamente.

En este orden de ideas, el propio Tribunal Constitucional ya anteriormente se había pronunciado en relación al sentido de la pena desde una perspectiva constitucional, rechazando cualquiera que pudiera tener un carácter meramente retributivo. Así, a propósito de esta cuestión, el tribunal afirma: «Este colegiado ya ha descartado el que se conciba la retribución absoluta como el fin de la pena.». Y más adelante, admitiendo que toda pena tiene un componente retributivo, rechaza sin embargo que el mismo pueda resultar el elemento dominante, al agregar: «...la pretensión de que esta agote toda su virtualidad, generando un mal en el penado, convierte a este en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente».<sup>5</sup>

Por tanto, conforme al criterio expresado por el Tribunal Constitucional, al margen de lo previsto en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución (más restringido al régimen penitenciario) este considera que una pena esencialmente retributiva — y no cabe duda que la pena de muerte lo es por excelencia— resulta contraria al Estado constitucional y el respeto a los derechos fundamentales.

De esa manera, la pena de muerte atenta también contra lo prescrito en el artículo 3º de la Constitución, que hace extensivo sus alcances en materia de derechos fundamentales, a aquellos que, pese a no encontrarse expresamente contemplados en su texto, resultan de naturaleza análoga a los previstos, o «... que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Finalmente, tanto el artículo 55ª de la Constitución, que reconoce a los tratados celebrados por el Perú, como parte de nuestro derecho interno, así como, de manera especial, la Cuarta Disposición Final y Transitoria, reafirman los conceptos expuestos, al otorgar a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, una particular trascendencia y carácter vinculante para el Estado peruano.

En tal sentido, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de marcada tendencia abolicionista, como fundamentalmente, la Convención

---

5 STC I N° 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005.

Americana de Derechos Humanos, conforme a los argumentos anteriormente expuestos, constituyen en la actualidad barreras infranqueables para la aplicación de la pena de muerte en el Perú, con arreglo a nuestro propio ordenamiento constitucional.

## **2. Inconstitucionalidad por contraria a principios de interpretación constitucional en materia de derechos humanos**

La Constitución de 1979 evidentemente tuvo un carácter abolicionista frente a la pena de muerte en su calidad de mecanismo punitivo. Posteriormente, la Constitución de 1993 nuevamente buscó ampliar la aplicación de la pena de muerte a un nuevo supuesto, el terrorismo, convirtiéndolo así en una conducta potencialmente sancionable con la pena capital.

Esta modificación si bien se encuentra declarada en el texto constitucional se tornó en inaplicable precisamente por la obligación que pende sobre el Estado peruano en virtud del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues si bien la Convención admite la pena de muerte, es muy clara al señalar que no será posible ampliar los supuestos de su aplicación. Si bien la Convención entró en vigor para el Perú antes que la Constitución de 1979, debido a la naturaleza abolicionista de esta última y por el carácter expansivo y progresivo de los derechos humanos, conllevan a que el único supuesto válido de aplicación de la pena de muerte sea el caso de traición a la patria en caso de guerra externa.

El *principio de posición preferente de los derechos fundamentales* pertenece al conjunto de principios de interpretación que permiten otorgar o valorar si una norma que violenta un derecho de contenido fundamental, es constitucional o no; es decir, buscan salvaguardar la constitucionalidad de la norma cuestionada creando una interpretación acorde con la Constitución.

El principio de posición preferente consiste en la exigencia de que tras la acción limitadora estatal pueda revelarse una justificación que responda al interés estatal de carácter urgente para la adopción de una medida, es decir que exista una razonabilidad entre los medios propuestos por la iniciativa normativa y los objetivos planteados en la misma.

Es necesario tener presente que la pena de muerte es empleada como un medio de política criminal, a la cual se recurre en situaciones de mayor inseguridad o frente a la necesidad de sancionar severamente un delito de carácter excepcional (como es el caso de la traición a la patria en caso de guerra externa). Respecto a esto es de tenerse en cuenta que la tipificación de sanciones para conductas criminales debe tener como principal elemento calificador una naturaleza preventiva, pero en cambio, la pena de muerte posee una condición 100% sancionadora y

no preventiva, siendo esta principal razón la que deslegitima su relación entre el objetivo que se persigue al incorporarla (la disuasión de conductas).

Además, al ampliar la pena de muerte a otros supuestos de actos típicos y antijurídicos incumplimos con lo previsto por la propia Constitución en su artículo 139 numeral 22 que afirma que los fines de la pena son la reeducación, rehabilitación y reincorporación; abandonando de esta forma la función resocializadora de la pena y del régimen penitenciario.

Sobre el *principio de proporcionalidad*, este es empleado como un criterio de evaluación de la actuación legislativa que busca analizar si la medida limitativa adoptada está relacionada al objetivo y finalidad que se busca alcanzar, prevaleciendo la medida menos gravosa y equilibrada entre el perjuicio y el beneficio que de ella se deriva a favor del bien público.

De un análisis desde el principio de proporcionalidad, evidentemente la posibilidad de ampliar la pena de muerte a otros delitos no es precisamente la medida menos gravosa, mas aún si se busca considerarla como recurso para tornar más efectiva a las sanciones ya tipificadas, lo cual implica no un problema de insuficiencia en la sanción sino en la forma de aplicarla por parte de las instituciones. Claramente existe un mayor perjuicio al atentar de forma tan directa el derecho a la vida en relación al beneficio que podría obtenerse, pues es evidente que la solución no parte por una sobre penalización. De esta forma, también la ampliación de la aplicación de la pena de muerte no es conforme al principio de proporcionalidad.

Más aún, si analizamos cualquier propuesta de modificación del artículo 140° de la Constitución ampliando el supuesto de la pena de muerte, se encontraría reñida con el *principio de interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales*, dado que esta medida colisiona con el derecho a la vida reconocido constitucionalmente y que forma parte del denominado núcleo duro de derechos, el mismo que es a su vez un principio y garantía institucional de un Estado democrático.

El *principio de concordancia práctica* exige que en caso de colisión de bienes constitucionales, se pueda arribar a una medida de equilibrio en donde ambos puedan alcanzar su mayor grado de realización sin que se sobrepongan, pues no consiste en que uno se realice a costa del otro.

Nuevamente, podemos reconocer que cualquier apuesta legislativa para modificar el artículo 140° incorporando nuevos supuestos para la pena capital se encontraría reñido con el principio de concordancia práctica, pues el empleo de la pena de muerte como mecanismo desestimulante de conductas no es la mejor salida, pues por política criminal la apuesta para frenar la delincuencia no parte por el aumento de penas sino la efectividad de las mismas.

Cualquier propuesta de modificación constitucional del artículo 140° de la Constitución, que busca exaltar el *ius puniendi* del Estado ampliando desmedidamente la pena capital no puede ser interpretada a través de principios de interpretación en materia de derechos humanos como constitucional, pues el empleo de esta pena como medio disuasorio de ciertas conductas penales es tan ineficiente como cualquier otro; la diferencia responde a la magnitud y el derecho violentado, en este caso la privación del derecho a la vida.

#### **IV. ¿LA PENA DE MUERTE COMO SANCIÓN?**

##### **1. La potestad punitiva del Estado**

La función punitiva del Estado social y democrático de Derecho, se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente<sup>6</sup> (derecho penal subjetivo). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que, el poder del Estado está controlado y limitado. Esta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política,<sup>7</sup> como también en las normas internacionales.

Sin embargo, de lo que se trataría es de regular las diferencias entre sujetos desiguales: el Estado, como aparato coercitivo y el ciudadano, generalmente inerme. Creemos que a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar *límites a su poder penal*: principio de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (derecho penal garantista), etc. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios, la mayoría de los cuales, tienen nivel constitucional. Por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas.<sup>8</sup>

Por ende, el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico-penal.<sup>9</sup> En este sentido, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aún así «todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal

---

6 MAURACH/ZIPF 1994, p. 5 s. Cf. JESCHECK/WEIGEND 2002: p. 11 s.

7 MIR PUIG 1976: 114.

8 BUSTOS 2004: 546.

9 BACIGALUPO 1990: 17.

respetuoso con la dignidad y libertad humanas, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico».<sup>10</sup>

## 2. La finalidad de la sanción penal

En principio, el Código Penal de 1991 introdujo normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido, el artículo I del Título Preliminar declara que «este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad»; y el artículo IX del Título Preliminar expresa que «la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora». Así, el código se refiere a las teorías preventivas (teoría unitaria aditiva).

La *pena* es la característica más tradicional e importante del derecho penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo; y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado, para asegurar la convivencia en la sociedad.<sup>11</sup>

La pena esta relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier persona que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo, «la pena es ajena a la norma».<sup>12</sup> Pero también la pena es un mal e implica sufrimiento dolor y aflicción a la persona humana.<sup>13</sup> Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si por el contrario, el cumplimiento de la utilidad es solo un discurso no realizado —el poder penal no lo ejerce o no surte efectos— entonces la pena

10 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN 2002: 70.

11 BERDUGO 1999: 23.

12 BUSTOS 2004: 523.

13 Esto no implica admitir que la teoría de la retribución sea el fundamento de la pena (Vid. Sentencia del Tribunal Constitución de 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC, fundamento 37). No obstante, en el derecho penal actual se insiste en justificar que la pena es necesaria («La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta al conocimiento empírico (...). Su necesidad a un hecho real»: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000: 121), ya que, sin ella la convivencia humana sería imposible. Por ello, se afirma —según una muy conocida frase del proyecto alternativo alemán—, que es una «amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como los hombres» (BERDUGO 1999: 24. Cf. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN 2002: 47).

se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del derecho penal (teoría de la pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. Además, para evitar un derecho penal desbordado y politizado será necesario coordinar la perspectiva de protección de bienes jurídicos con la pena.<sup>14</sup>

Para establecer los límites a la aplicación de la pena por parte del poder penal, el derecho penal ha desarrollado diferentes teorías: las teorías relativas y las teorías mixtas,<sup>15</sup> siendo las teorías absolutas negadas pues implican la pura retribución por el hecho.

En cuanto a la pena de muerte constituye el extremo de la práctica de la prevención general negativa,<sup>16</sup> ya que busca inhibir a las personas en la comisión del delito mediante intimidación o disuasión de estas a través de la aplicación de la pena. En ese sentido, se orienta a evitar que se produzcan nuevos delitos advirtiendo a los ciudadanos de las consecuencias de cometer delitos, generando temor a la colectividad. A la prevención general negativa corresponde la idea de la intimidación, el miedo, el terror u otro análogo.<sup>17</sup> «La prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución: la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre, que en este caso se expresaría en que, frente a la amenaza penal, sopesaría los costos y beneficios del delito».<sup>18</sup>

Este argumento de la eficacia de la pena de muerte no ha sido probado empíricamente como medio reductor de la criminalidad y por el contrario hay evidencias que demuestran que no hay una relación directa entre aumento o severidad

---

14 KARGL 2000: 57 ss.

15 BACIGALUPO 2004: p. 31 considera que no se tratan de teorías propiamente dichas, sino de principios o axiomas legitimantes, debido a que su función en la Ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. «Por tanto, las ‘teorías’ de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el ‘ser’ de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena?». Para BINDER, «la pregunta es, entonces, ¿cuándo el Estado puede ser violento? Ésa es la formulación más clara de la interrogación sobre el fundamento de la pena y el verdadero contenido de una ‘teoría de la pena’, si es que ella puede ser construida (aunque el nombre ‘teoría’ de la pena es impropio porque un conjunto de razones que justifiquen su aplicación no constituye una teoría). ¿Es posible hallar razones que justifiquen la violencia del Estado?» (BINDER 2004: p. 47).

16 FERNÁNDEZ MUÑOZ 1993: 49. «Intimidar a los demás con el fin de que se abstengan de delitos similares; por ello se acepta la muerte del reo. He ahí la pena de muerte fundada en razones de utilidad y no de justicia».

17 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA T. II, 1989: 85; ROXIN 1999: 91, N<sup>o</sup>. 25.

18 BUSTOS I, 2004: 527. Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL T. I, 1997:48.

de las penas e índices de delincuencia. Este argumento, en realidad lo que busca es la inoquización del sujeto, lo que resulta incompatible con el principio de dignidad humana.<sup>19</sup> A ello debe agregarse la posibilidad de errores judiciales que no han sido extraños a la experiencia en nuestro país.<sup>20</sup>

Creemos que la prevención general negativa debe ser rechazada y por ende, la pena de muerte.<sup>21</sup> Esta forma de prevención no puede superar las críticas que se les han formulado en el sentido que presentan al hombre como un instrumento de la pena convirtiéndolo en un medio al servicio de otros fines, ya que no se le castiga por el delito que ha cometido, si no como ejemplo para que los demás no delincan. Tomando en cuenta la psicología del individuo y el efecto que produce en ella, el precepto jurídico ve en él a «un verdadero ‘robot’ o ‘sujeto algebraico’ que se inclina por el delito o se abstiene a cometerlo según la mayor o menor entidad de la pena abstracta señalada en la ley».<sup>22</sup> La ideas que cuanto más grave sea la amenaza, más fuerte será el efecto intimidatorio es censurable pues nos puede llevar a una inadecuada exageración de la pena y al terror estatal, ubicándonos dentro un Estado autoritario y arbitrario.<sup>23</sup> Hay que señalar que con la imposición de penas más graves no se logra realmente la disuasión, prueba de ello es que los delitos se siguen cometiendo.<sup>24</sup>

### 3. Principio de racionalidad y humanidad frente a la pena de muerte

El principio de racionalidad y humanidad de las penas es también llamado *principio de proscripción de la crueldad*, y se le ha considerado en la actualidad como el pensamiento central de la ejecución penal<sup>25</sup> y uno de los límites primordiales

---

19 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, [www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/suniga\\_penamuerte.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/suniga_penamuerte.pdf) (citado 7 de febrero 2007).

20 ULLOA DÍAZ/ ULLOA GAVILANO, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php> (citado 7 de febrero 2007).

21 Para GARCÍA CAVERO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte\\_percy.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte_percy.pdf) (citado 7 de febrero 2007), «el incremento de penas no genera necesariamente una mayor intimidación del delincuente. Por ultimo, la lógica intimidatorio no se le podría aplicar a los llamados delincuentes inintimidables, a los que la mayor severidad de las penas no produce ningún efecto disuasivo».

22 GARCÍA PABLOS DE MOLINA 2000: 141 s. La Sentencia del Tribunal Constitución del 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC afirma que «es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio» (fundamento 32, segundo párrafo).

23 BUSTOS 2004: 528.

24 ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR 2000: 56.

25 JESCHECK/WEIGEND 2002: 30.

en un Estado democrático.<sup>26</sup> Según los postulados de este principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto como lo es la pena de muerte. Se debe buscar una *pena humanitaria* en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los derechos humanos.<sup>27</sup>

Se rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria.<sup>28</sup> El Tribunal Constitucional, en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la normatividad antiterrorista (Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, normas complementarias y conexas), sobre este principio ha señalado que de «las exigencias de «reeducación», «rehabilitación» y «reincorporación» como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad».<sup>29</sup>

Es importante referirse a los *instrumentos internacionales* como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,<sup>30</sup> Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>31</sup> o el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión<sup>32</sup> que están orientadas a garantizar que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

La *dignidad del individuo* es el límite material que debe respetar un Estado democrático,<sup>33</sup> «lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse,

---

26 MIR PUIG 2004: 131, num. 59.

27 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA T. II, 1989: 42 s.

28 ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR 2000: 125.

29 N° 182, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

30 Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (resolución 663 CI, XXIV).

31 Aprobadas por la Asamblea general mediante resolución 45/113 por recomendación del Octavo Congreso.

32 Resolución 43/173 de 9 diciembre de 1988.

33 Cf. GARCÍA CAVERO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte\\_percy.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte_percy.pdf) (citado 7 de febrero 2007).

a ellos se opone el respeto de la dignidad de todo hombre —también del delincuente—, que debe asegurarse en un Estado para todos».<sup>34</sup> El respeto por la dignidad humana adquiere vital importancia, así el Tribunal Constitucional señala que «comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues este termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual —porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado—, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación».<sup>35 36</sup>

Es evidente que la pena de muerte no soporta un análisis desde el ángulo del principio de racionalidad y humanidad de las penas frente al que se encuentra claramente enfrentado. Esto se hecho evidente en el caso del reciente ahorcamiento de Saddam Hussein, en el que incluso el secreto del ajusticiamiento debe hacer meditar a los partidarios de la pena de muerte sobre las condiciones en que se ejecutó la pena de muerte.<sup>37</sup>

#### 4. Principio de proporcionalidad y pena de muerte

La llamada prohibición en exceso,<sup>38</sup> consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho.<sup>39</sup> Así, «La pena no puede sobrepasar

---

34 MIR PUIG, 2004: p. 132, N° 62.

35 N° 187, in fine, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

36 Para CARO John, <http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/CaroJohn-penamuerte.pdf> (citado 7 de febrero 2007), «la pena de muerte elimina toda relación jurídica posible, porque al acabar con la vida de la persona ¿qué juridicidad puede haber detrás de una práctica estatal que contradice el «fin supremo... del Estado», cual es, «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad», tal como lo establece el Artículo 1 de la propia Constitución Política?. Y precisamente aquí radica la falla estructural advertida en líneas anteriores, porque un Estado que se identifique con la defensa de la persona no puede utiliza a la propia persona como «carne de cañón» para evitar la impunidad de los delitos. Dicho de otro modo: ¡El perdón no es acorde con el Estado de Derecho!».

37 Cf. HURTADO POZO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/pmuerte\\_jhp.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/pmuerte_jhp.pdf) (citado 7 de febrero 2007).

38 MAURACH/ZIPF T. I, 1994: 110.

39 MAURACH/ZIPF T. I, 1994: 110.

la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes» (artículo VIII del Título Preliminar, Código Penal). Considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado.<sup>40</sup> El anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 (artículo VIII, segundo párrafo, Título Preliminar) reconoce este principio al señalar que «la pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de proporcionalidad [...]». El Tribunal Constitucional señala que este principio «impone al legislador [...] que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer».<sup>41</sup> Se complementa con el principio de culpabilidad ya que limita la pena a la proporcionalidad de la culpabilidad.<sup>42</sup>

La intervención del poder penal no puede generar más «daño» —entiéndase pena— que el hecho concreto al cual responde. La ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto (delito) y la respuesta punitiva estatal (pena), y esta relación solo se admite como admisible si es proporcionada. Se entenderá proporcionada cuando «la reacción penal (tomadas todas las circunstancias y el principio de mínima intervención) logra un balance positivo frente al daño causado por el delito, siempre dentro de un máximo admisible de violencia por la conjunción de otros principios [...]». La idea proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento (si no caemos en el marco de la pena inútil, que no es admisible). Dentro de ese marco estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena, es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia».<sup>43</sup>

En definitiva, podemos concluir afirmando que la aplicación de la pena de muerte no guarda ningún sentido de proporcionalidad, sino más bien fines de venganza estatal y falta de utilidad en la pena.<sup>44</sup>

---

40 PÉREZ PINZÓN 1996: 90.

41 N° 197, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

42 MIR PUIG 2004: 136, N° 73. Maurach/Zipf T. I, 1994: 11.

43 BINDER 2004: 192 s.

44 La pena de muerte no es más que una adición irracional de un mal a otro mal, (GARCÍA CAVERO, [http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte\\_percy.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte_percy.pdf) (citado 7 de febrero 2007).

## V. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY ANTE EL EXAMEN DE RAZÓN Y PROPORCIONALIDAD

Durante la primera legislatura 2006, se han presentado cuatro proyectos de ley (164/2006-CR, 281/2006-PE, 282/2006-CR, 669/2006-PE) con la finalidad de modificar el artículo 140° de la Constitución así como distintas normas penales. Tres de ellos han sido presentados como respuesta al problema de violencia sexual contra menores de edad y uno a fin de reforzar la legislación antiterrorista.

El examen de razonabilidad y proporcionalidad se emplea siempre que existe una norma diferenciadora que no responda a ninguna de las razones contempladas en la Constitución en el artículo 2.2 (discriminación), pues estas *per se* son inconstitucionales, a fin de evaluar si la norma es constitucional o inconstitucional.

Como se presenta en todos los casos, las propuestas legislativas buscan implementar una normativa diferenciadora en el sentido que buscan que se aplique para ciertos supuestos la pena de muerte como sanción penal. Las razones que motivan estas propuestas no están contempladas dentro del artículo constitucional señalado, por lo que es necesario someterlas al examen a fin de poder analizar si la propuesta es constitucional o inconstitucional.

Cabe señalar que el test se desarrolla a través de análisis por etapas: la primera de ellas es determinar si existe una relación entre el medio propuesto y los objetivos planteados, la segunda es determinar si la medida es indispensable o necesaria, la tercera corresponde a determinar si es la menos gravosa de todas las medidas, y, por último, si la limitación del derecho es una medida equilibrada entre el perjuicio del derecho y el beneficio que se busca alcanzar. La norma será sujeta a evaluación en este orden de etapas debiendo aprobar cada una para ser evaluada por la siguiente, de lo contrario la norma será inconstitucional.

Si bien esta evaluación se desarrolla sobre normas ya dictadas y no potenciales normas, este análisis busca determinar si estas propuestas, en caso de materializarse, constituirían normas inconstitucionales.

**Proyecto de Ley N° 164/2006-CR:** Modificación del artículo 140° de la Constitución.

El proyecto de Ley presentado por la Congresista Lourdes Alcorta Suero, de Unidad Nacional, propone modificar el artículo 140° de la Constitución Política del Perú incorporando «la violación de la libertad sexual de menores de nueve años y de discapacitados físicos y mentales así como de mayores de nueve y menores de dieciocho años siempre que se cause la muerte de la víctima».

Iniciando con la primera etapa del test por el cual se mide si la propuesta tiene relación con el objeto de la norma, en el caso del proyecto de ley sí existe una

relación entre la propuesta y los objetivos, pues a través de la aplicación de la pena de muerte se busca disuadir las violaciones sexuales a menores al sancionarlas con la pena más grave.

En segundo lugar, se debe determinar si la medida es necesaria o indispensable, en ese sentido es necesario tener en cuenta que respecto al tema de violación a la libertad sexual de menores las penas ha sido reciente y constantemente modificadas, para aplicar a este delito las penas más severas; actualmente, la sanción más alta es la cadena perpetua, la misma que ha sido poco efectiva debido a la dificultad de aplicación por las pocas denuncias presentadas o la presentación de estas al Ministerio Público e incluso la aplicación con severidad por parte de los jueces.

Lo cierto es que existe una normativa muy severa que sanciona esta conducta, buscando prevenirla y reprimirla y el problema es la aplicabilidad de la misma.

Siendo así, la medida planteada es innecesaria para obtener el objetivo planteado, pues el problema o la insuficiencia no es de carácter normativo, siendo esa la razón por la que puede considerársele irrazonable y desproporcional, siendo potencialmente inconstitucional. Asimismo, carece de sentido seguir analizando la propuesta legislativa, pues la inconstitucionalidad es manifiesta en su carencia de necesidad.

**Proyecto de Ley N° 281/2006-PE:** Modificación del artículo 140° de la Constitución.

Igualmente, el proyecto de Ley N° 281/2006 fue presentado por el Poder Ejecutivo propone la modificación del artículos 140° de la Constitución señalando que la aplicación de la pena de muerte también podrá darse en los casos de «violación sexual de menor de siete años de edad seguida de muerte».

Nuevamente debemos analizar si la propuesta se encuentra ligada al objetivo que busca, es decir combatir las violaciones sexuales de menores y propone para ello sancionar esta conducta con la pena de muerte. Evidentemente, el proyecto de ley y el objetivo que persigue se encuentran relacionados.

Segundo, si realizamos un análisis de la necesidad de la medida, cabe señalar nuevamente que a la fecha existen sanciones sumamente severas que regulan el delito de violación sexual de menores de edad, siendo la más alta de ellas la cadena perpetua, es por esa razón que discutir la ausencia de severidad no se presenta en el caso sino la efectividad en cuanto a la aplicación y si es posible controlar mediante sanciones penales un problema social. El aumento de las sanciones penales en cuanto a este delito no ha significado una reducción del delito, por lo cual no se evidencia ninguna necesidad de seguir incrementando la magnitud de las sanciones.

Por estas razones, es innecesaria esta medida y por ende inconstitucional al no justificar la medida violentadota.

**Proyecto de Ley N° 282/2006-CR:** Modificación del artículo 140° de la Constitución y el artículo 173—A y 173-B del Código Penal.

Evidentemente, la medida propuesta por la bancada aprista se encuentra relacionada con su objetivo, es decir la propuesta de la aplicación de la pena de muerte busca combatir la ola de violaciones sexuales a menores de edad que se presenta en este momento, tal como se revela de la redacción de su propuesta de modificación del artículo 140° de la Constitución que pide la aplicación de la pena de muerte para el caso «de violación sexual de menor de siete años de edad seguida de muerte». Asimismo, también solicita las modificaciones penales del artículo 173° A y B regulando que «si... causa la muerte de la víctima, que tenía menos de siete años de edad, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la condena será de muerte» o «si causan lesión grave a la víctima, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua».

Nuevamente afirmamos que si bien, existe una problemática social ante el aumento de las violaciones sexuales exponiendo gravemente a menores de edad, no podemos negar que esta situación no ha pasado desapercibida, pues el incremento en las sanciones penales ha ido de la mano con el tema, lo que evidencia que el Estado no ha estado de brazos cruzados y si ha manifestado una forma de acción represiva frente a ello.

Pero la ineficacia de estas medidas demuestra una vez más que la solución a esta problemática no pasa meramente por un aumento de las penas (ni siquiera con aplicar la pena capital) sino que existen otros elementos a fin de combatir ciertos delitos que pueden responder a una sintomática social distinta. Siendo esta una razón extra jurídica y extra penal, no amerita un incremento de la sanción por este delito sino todo lo contrario combatirlo con la eficacia de las sanciones ya existentes y otros recursos sociales.

**Proyecto de Ley N° 669-/2006-PE:** Modificación de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto Ley N° 25475 y el artículo 316 del Código Penal.

Este último proyecto el 10 de enero de 2007 fue rechazado por el Pleno del Congreso, mas no por eso se dejará de aplicar el test de razonabilidad y proporcionalidad.

Este proyecto de ley busca exacerbar las sanciones penales para el delito de terrorismo en una serie de sus diferentes modalidades, entre ellas aplicar efectivamente la pena de muerte, tal y como lo recoge la Constitución de 1993 (hecho

que sería contrario con nuestras obligaciones internacionales suscritas a las Convención Americana).

Las modificaciones por las que apuesta el proyecto de Ley eran:

1. La imposición de la pena no menor de 30 años sancionando el tipo base de terrorismo.
2. En los casos cuya pena era cadena perpetua se propone variarla a pena de muerte, así como en los casos cuya sanción era de treinta años, la pena propuesta sería cadena perpetua; por último, los que estaban sancionados con 25 años, se propone elevarlos a 35.
3. En los casos de colaboración con el terrorismo, se propone elevar la sanción de 20 a 30 años de pena privativa de libertad.
4. En los casos en que la imputación es por la pertenencia a un grupo terrorista, la sanción correspondiente ha sido elevada de 20 a 30 años.
5. En cuanto a la instigación al terrorismo, las penas fluctuaban de 12 a 20 años, en el proyecto se propone que se eleven de 15 a 25.
6. En lo concerniente a la obstaculización de acción de la justicia, las penas fluctuaban entre 5 a 10 años; el proyecto propone que estas se eleven de 8 a 15 años.
7. Otra variación que propone el proyecto es que en todos los casos de reincidencia, la pena de muerte se deberá aplicar.
8. Por último, en cuanto a la modificación del Código Penal, en el delito de apología al terrorismo, se propone incrementar los parámetros de pena de 6 a 12 años, a 10 a 15 años.

Si bien el proyecto de ley se encontraba relacionado con el objetivo que se planteó (la lucha contra la subversión), cumpliendo así la primera etapa; lo cierto es que al momento de valorar la necesidad de esta medida, en un escenario en el que nos encontramos de mayor estabilidad, en el cual la legislación actual (Decreto Ley N° 25475, Decretos Legislativos N° 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927), con la que se rigen los procesos por terrorismo ha demostrado ser plenamente eficaz y en concordancia con un respeto al derecho a un debido proceso, habiendo subsanado las graves violaciones a este que se presentaron durante el gobierno autoritario de Alberto Fujimori.

Este hecho demuestra la carencia de necesidad en la medida y más aún en buscar una aplicación real de la pena de muerte para los casos de terrorismo, lo que vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la vida, haciendo inconstitucional a esta iniciativa.

## **VI. CONCLUSIONES**

Muy a pesar de la equívoca redacción del artículo 140º de la actual Constitución Política, en la actualidad, el único supuesto que admite la posibilidad de sancionar con la pena capital la comisión de un delito en el Perú, sigue siendo el de traición a la patria en caso de guerra exterior.

Los tratados internacionales de derechos humanos afirman el derecho a la vida y son la mayor expresión de la consolidación de una tendencia mundial y total de abolición de la pena de muerte.

Los Convenios suscritos por el Estado peruano lo obligan a no ampliar las causales de aplicación ni ha restablecer la pena de muerte.

El argumento de la eficacia de la pena de muerte no ha sido probado empíricamente como medio reductor de la criminalidad y por el contrario hay evidencias que demuestran que no hay una relación directa entre aumento o severidad de las penas e índices de delincuencia.

El argumento de la eficacia de la pena de muerte busca la inoquización del sujeto, lo que resulta incompatible con el principio de dignidad humana. A ello debe agregarse la posibilidad de errores judiciales que no han sido extraños a la experiencia en nuestro país.

Los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República para ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte resultan innecesarios, toda vez que existe una legislación penal que actualmente sanciona con penas privativas de la libertad muy severas dichas conductas delictivas, las cuales no habiendo resuelto la existencia de tales delitos pone en evidencia que la causa de dichos fenómenos delictivos debe ser enfrentado con otro tipo de instrumentos.

Lima, febrero de 2007

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY 669-2006/CR SOBRE LA  
APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE PARA CASOS DE TERRORISMO**

**Documento de trabajo elaborado por el Instituto de Democracia y  
Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

El Poder Ejecutivo, en ejercicio de su iniciativa legislativa, presentó el 11 de noviembre de 2006, con carácter de urgencia, el proyecto de ley N° 669/2006-PE destinado a modificar el Decreto Ley N° 25475, que regula el delito de terrorismo, a fin de poder aplicar la pena de muerte a quienes pertenezcan «al grupo dirigencial de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la función que desempeñe en la organización» o quienes reincidan en dicho delito antes de transcurrir diez años luego del cumplimiento de la condena correspondiente.

Dada la importancia que dicho proyecto de ley tendría para el respeto de los derechos humanos en nuestro país, en un contexto proclive a proponer y aceptar soluciones reñidas con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, consideramos necesaria la presentación del presente informe que busca aclarar las consecuencias que supondría la adopción y aplicación de la pena de muerte para casos de terrorismo, consecuencias que, en términos generales, serían nocivas para la preservación del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales de las personas en nuestro país.

**Argumentos centrales del Proyecto:**

El proyecto de ley del Poder Ejecutivo se centra en la necesidad estatal de reprimir a los elementos remanentes de las organizaciones subversivas que desde 1980 instauraron el terror en nuestro país, causando innumerables pérdidas de vidas humanas y cuantiosos daños materiales. Se busca prevenir, de acuerdo a lo indicado por el Poder Ejecutivo, que los elementos remanentes de dichas

organizaciones se reunifiquen y fortalezcan o estrechen alianzas con elementos ligados al narcotráfico.

En tal sentido, el proyecto señala que:

La pena de muerte para casos de terrorismo expresará una clara y contundente respuesta de un Estado que no está dispuesto a permitir que el país vuelva a sufrir las consecuencias del demencial accionar de los mencionados grupos terroristas.

Como consideraciones para la imposición de la pena de muerte, se indican las siguientes:

Es un instrumento de necesidad imperiosa para lograr el orden y la seguridad sociales, por la tremenda fuerza inhibitoria que genera.

Es un medio insustituible para eliminar radicalmente a individuos cuya personalidad no ofrezca posibilidad alguna de readaptación social

A pesar de su rigor, evita a los condenados inadaptables los sufrimientos físicos y espirituales implicados en una prisión a perpetuidad.

Como cuestión jurídica central, el proyecto señala que la Constitución Política del Perú de 1993 estableció en su artículo 140° lo siguiente:

La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

Sobre la base de esta disposición constitucional, el Poder Ejecutivo señala que solo es necesaria una norma que modifique la legislación penal sobre terrorismo.

Finalmente, de acuerdo a lo señalado por el proyecto de ley, la Convención Americana sobre Derechos Humanos permitiría el establecimiento de esta regulación, toda vez que su artículo 4.2 señala que «en los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves» y que «tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente».

La pena de muerte no es una solución para combatir a la subversión:

El primer sustento de la propuesta del Poder Ejecutivo es la necesidad de combatir a los remanentes de la subversión, para eliminar una amenaza contra la democracia que causó graves pérdidas humanas y económicas y que buscó sumir al país en el caos y el terror.

Tal como lo señaló la Comisión de la Verdad y Reconciliación en su Informe Final, el conflicto armado interno vivido en el Perú entre 1980 y 2000 es el episodio de violencia más extenso en duración y territorio, más intenso y de mayores costos humanos y económicos de nuestra historia republicana. De acuerdo a los

cálculos efectuados por la CVR, el número de muertos y desaparecidos durante el conflicto fue de 69,280 personas.<sup>1</sup>

La causa inmediata y fundamental del desencadenamiento del conflicto armado interno fue la decisión del denominado «Partido Comunista del Perú — Sendero Luminoso» (PCP-SL) de iniciar una guerra contra el Estado peruano, a contracorriente de la abrumadora mayoría de peruanos y peruanas y en momentos en que se restauraba la democracia a través de elecciones libres.<sup>2</sup>

El PCP-SL fue el principal perpetrador de crímenes y violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto, siendo responsable del 54% de las víctimas fatales de los años de violencia. Su ideología fundamentalista, su uso sistemático y masivo de métodos de extrema violencia y terror que no respetaron las normas básicas de la guerra y los derechos humanos, su desdén por el valor de la vida, sus características terroristas, sus prácticas violentas de ocupación y control de territorios rurales y poblaciones campesinas y la falta de arrepentimiento de sus líderes hacen que esta organización se encuentre al margen del sistema democrático y que sus miembros deban ser procesados con las armas de la ley y sancionados por los crímenes cometidos, de acuerdo a las responsabilidades que le caben.

Frente a esta amenaza a la democracia y a los derechos fundamentales de los peruanos, el Estado tenía el derecho y el deber de defender el orden constitucional y a sus ciudadanos en el marco del respeto incondicional de las leyes y los derechos humanos. Por tanto, cualquier argumento que rebata la aplicación de la pena de muerte a los miembros de organizaciones subversivas o personas que cometan el delito de terrorismo no puede ser señalado como un argumento «a favor del criminal». Establecer argumentos contrarios a la pena de muerte no implica un acto de compasión para el perpetrador de un crimen que todos condenamos, sino que es la manifestación de una genuina creencia de que la vida es un derecho humano y un valor en sí mismo a defender, que no merece restricción por parte de un Estado que decida quien «merece» o no vivir.

Sin vida humana, no pueden existir los otros derechos humanos. Sin vida humana no puede hablarse de dignidad de la persona. Si el Estado se irrogara la posibilidad de quitar la vida a alguien por el solo hecho de haber cometido un crimen o un error, convertiríamos al ser humano en un mero objeto cuya supervivencia estaría supeditada a una sentencia judicial o a la voluntad de los legisladores. Los derechos humanos surgieron, en un inicio, como límite a la actividad del Estado: uno de esos límites era (y es) que el Estado no pueda disponer de la culminación de nuestra existencia.

---

1 CVR 2003: 69.

2 CVR 2003: 70

En el Perú, dada nuestra experiencia reciente, una posible disposición estatal de la vida humana es aún más reprochable. Como lo hemos señalado antes, durante veinte años la democracia peruana fue enfrentada por grupos subversivos que se arrogaban la potestad de decidir quien merecía o no seguir viviendo en nombre de lo que ellos calificaban como «el bien común», y de lo que desde la mayor parte de la sociedad se calificó como desprecio por la vida humana y que demostró el carácter totalitario y de desprecio por los derechos humanos de estas organizaciones. Los denominados «ajusticiamientos populares», los asesinatos selectivos y las masacres colectivas cometidas por Sendero Luminoso y el MRTA constituyen una muestra de hasta donde puede llegar el desprecio por la vida humana.

Sin embargo, *el Estado no puede actuar con la misma lógica con la que actúan los grupos subversivos en nombre de la pacificación*. Existe una deslegitimación factual de las acciones del Estado para enfrentar a la subversión si es que estas se basan en la vulneración de los derechos humanos. Lo ocurrido durante los años del conflicto armado interno nos mostró que es lo que el Estado no debe hacer en estos casos. Si bien era inevitable y legítimo que los gobiernos democráticos declararan estados de excepción y que se utilizara a las Fuerzas Armadas en el combate contra los grupos subversivos, el Estado no tomó las previsiones necesarias para impedir que los derechos fundamentales de la población fueran atropellados, desatendiéndose las denuncias sobre las vulneraciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas del orden y, en algunos casos, garantizando la impunidad de los responsables de las mismas. Ello hizo que se produjera numerosas violaciones a los derechos humanos por parte de los agentes estatales que, en algunos lugares y momentos, fueron prácticas generalizadas o sistemáticas de violaciones a los derechos humanos.

La aprobación de la pena de muerte para casos de terrorismo implicaría que el Estado peruano no aprendió la lección de los años de violencia. Las estrategias contrasubversivas que apelaron a la eliminación de población civil resultaron contraproducentes no solo por razones de principio, sino también por cuestiones prácticas: la represión indiscriminada postergó la ruptura entre Sendero Luminoso y los sectores más pobres del campesinado y no evitó la expansión de las acciones armadas a otras zonas del país.

Asimismo, aplicar una sanción de este tipo a personas que pertenecerían a Sendero Luminoso o al MRTA nos ocasionaría una fuerte responsabilidad internacional. La reciente sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Penal Miguel Castro Castro nos revela que en el ámbito internacional se reconoce los derechos de toda persona sin importar cual fue su conducta previa, lo que implica que, como veremos más adelante, una vulneración de los derechos fundamentales que afecte a cualquier persona pueda ser protegida por el derecho internacional de los derechos humanos.

## Derecho penal, terrorismo y pena de muerte:

Un segundo argumento dado por el Poder Ejecutivo para justificar su propuesta es la necesidad de lograr inhibir a las personas de cometer actos delictivos mediante la pena de muerte, así como la eliminación radical de personas que, a criterio del Estado, no cumplan con el fin resocializador de la pena.

Sobre el primer punto, *no existe estudio alguno en el mundo que compruebe que la pena de muerte tiene efecto disuasivo*. La pena capital no tiene incidencia en la disminución en las tasas de criminalidad de los países que la aplican, como tampoco hay una relación entre el incremento de la criminalidad y la abolición de la pena capital. Por tanto, no puede señalarse de manera automática la relación entre la pena de muerte y la disminución de una conducta delictiva.

Sobre el segundo punto, cabe indicar que *el derecho penal moderno surgió para evitar las venganzas privadas*. El Estado tiene como componente el monopolio del ejercicio de la fuerza, pero con respecto a los derechos fundamentales de las personas. El proyecto de ley tiene como base intrínseca una venganza de la sociedad contra quien cometió el delito de terrorismo, motivo que ya no es esgrimido para imponer una sanción penal. *Un país que se precie de tener algún sustento ético no puede convertirse en un símil del delincuente* —menos aún de quien infringe la ley para atentar contra la democracia y los derechos humanos—, sino que *debe adoptar medidas inteligentes y eficaces para perseguir a los grupos subversivos* y evitar que el conflicto armado interno vivido se vuelva a repetir.

Además, *el proyecto de ley presupone que las personas, por el hecho de cometer un delito, han perdido su dignidad*. El ser humano no pierde sus derechos por la comisión de un delito o de una acción moralmente reprobable mantiene sus derechos intactos, aunque sí puede — y debe — ser pasible de una restricción a su libertad personal como sanción penal, límite aceptado por el Estado y que, además, debe garantizar sus derechos básicos dentro de la reclusión a la que se ve sometido.

Antes que emprender una medida que vulnere derechos de las personas, el Estado deberá emprender una política penitenciaria destinada a evitar que las cárceles se conviertan en centros de adoctrinamiento de los grupos subversivos, en mejorar las condiciones de internamiento y reclusión y en poner en marcha programas destinados a la resocialización del interno. Un reciente informe de la Defensoría del Pueblo pone de manifiesto esta realidad. Si bien es cierto que muchas veces la opinión pública tiene una visión extendida de la pena como castigo, en particular, con relación con los delitos más graves y que en el caso de los presos por terrorismo los crímenes cometidos y la zozobra vivida hacen que muchos miren con complacencia medidas como la pena de muerte, es obligación del Estado respetar los derechos fundamentales compatibles con la reclusión y hacer todos sus esfuerzos para recuperar a los internos por terrorismo a la vida del país.

El argumento del combate a la subversión mediante la pena de muerte no se llega a sostener debido a la existencia de normas sumamente duras en contra de quienes cometieron el delito de terrorismo. La legislación actual sobre la materia —una mezcla de la legislación emitida en 1992 e interpretada por el Tribunal Constitucional con las normas emitidas durante el gobierno de Alejandro Toledo, cuya constitucionalidad fue ratificada recientemente por el TC— señala reglas de procesamiento que respetan las garantías del debido proceso y penas sumamente severas contra los involucrados en este delito, graduadas de acuerdo a su responsabilidad y que llegan incluso hasta la cadena perpetua.

*Sobre la base de esta legislación*, luego de la anulación de los procesos a los sentenciados por traición a la Patria de acuerdo a una sentencia del Tribunal Constitucional, *se ha podido emprender de manera exitosa nuevos juicios a los miembros de Sendero Luminoso y el MRTA*, estableciéndose penas sumamente altas para los miembros de las cúpulas centrales de ambos grupos, que en la mayoría de los casos superan los 20 ó 30 años de prisión y que para Abimael Guzmán Reinoso y Elena Iparraguirre, los dirigentes máximos de SL, llegan a la cadena perpetua.

Además, tal como lo estipuló el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre la legislación antiterrorista emitida durante el gobierno de Alberto Fujimori, el Decreto Legislativo N° 921 establece la revisión de la cadena perpetua cuando se cumplan 35 años de cumplimiento de dicha pena. Con ello se cumple la exigencia de constitucionalidad de esta pena, la más alta de nuestro ordenamiento, que debe estar sujeta a términos temporales de revisión de la condena dictada.

En suma, sí existen normas que permiten sancionar severamente, dentro del respeto a los derechos humanos y la legalidad, un crimen tan probable como lo constituye el delito de terrorismo.

La ampliación de la pena de muerte en 1993 constituye una vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

El argumento jurídico esgrimido por el Poder Ejecutivo para propulsar esta norma es su inclusión en el texto constitucional vigente — aprobado en 1993 — y su supuesta compatibilidad con el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula el derecho a la vida y lo concerniente a la pena de muerte en los Estados parte de este tratado. Como veremos a continuación, el argumento esgrimido es falaz e inexacto, por las razones que señalamos en los siguientes párrafos.

En 1969 fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principal instrumento sobre esta materia en el continente, por varios Estados de la región, entre ellos, Perú. La Convención comprende obligaciones para los Estados partes, un catálogo de derechos, las atribuciones a la Comisión Interameri-

cana de Derechos Humanos<sup>3</sup> y la creación de un órgano jurisdiccional: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dentro de la regulación que la Convención otorga sobre el derecho a la vida, la Convención desarrolla, de manera bastante detallada, la regulación sobre la aplicación de la pena de muerte, buscando aminorar su aplicación en el continente americano.

Así, se señala que, en los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de una sentencia emitida por un tribunal competente y de conformidad con una ley previa que haya establecido dicha pena.<sup>4</sup> De esta manera, la Convención limita la aplicación de la pena de muerte solo a aquellos crímenes que un Estado parte considere como los más graves en su legislación penal y, además, sujeta la pena capital al respeto de las garantías del debido proceso. Estos aspectos son considerados como un primer tipo de limitaciones a la pena de muerte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-03/83.<sup>5</sup>

A las garantías del debido proceso ya mencionadas, este tratado brinda la posibilidad a que el condenado a muerte pueda solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, no pudiéndose aplicar esta mientras la solicitud esté pendiente de resolución.<sup>6</sup>

Además, *la Convención limita los motivos por los que una persona puede ser condenada a muerte*, pues no podrá aplicarse la pena capital por delitos políticos ni delitos comunes conexos con los políticos, así como a quienes podrá imponerse esta condena, al no poderse aplicar a las personas que al momento de la comisión del delito tuvieren menos de dieciocho años o más de setenta, ni a las mujeres embarazadas.<sup>7</sup> Estas disposiciones constituyen otros tipos de limitaciones que también han sido reconocidas por la Corte Interamericana, en la opinión consultiva sobre la pena de muerte que anteriormente hemos mencionado.

Pero la Convención Americana va más allá de estos límites y establece dos normas en las que se puede contemplar su tendencia abolicionista. En primer lugar, se establece que *los países que aún no hayan abolido la pena de muerte y sean parte de este tratado no podrán extender su aplicación a delitos en los cuales no se aplique actualmente. En segundo lugar, indica que no se restablecerá la pena de muerte en*

---

3 Creada en 1959 por la Asamblea General de la OEA, para velar por el respeto de los derechos humanos en el continente, sobre la base de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En su momento de creación, no contaba con la atribución de pronunciarse sobre casos individuales, potestad que le otorga la Convención Americana.

4 CADH, artículos 4, 2.

5 CIDH, Opinión Consultiva OC-03/83: pf. 53.

6 CADH, artículos 4, 6.

7 CADH, artículos 4, numerales 4 y 5.

*los Estados que la han abolido.*<sup>8</sup> Para la Corte Interamericana, esta prohibición es de carácter absoluto, por lo que el Gobierno de un Estado parte no podrá aplicar la pena capital a delitos para los cuales no estaba contemplado en su legislación interna con anterioridad

El Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 12 de julio de 1978 y depositó el respectivo instrumento de ratificación el 28 de julio de 1978.

*Un año más tarde, fue aprobada la Constitución Política del Perú de 1979.* El nuevo marco constitucional, considerado en su momento como uno de los más avanzados en materia de protección de los derechos humanos en el continente, *redujo sustantivamente los supuestos de aplicación de la pena de muerte, restringiéndola únicamente a los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior;*<sup>9</sup> supuesto permitido de manera excepcional por todos los tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con normas referidas a la aplicación de la pena capital.

Al mismo tiempo, la Decimosexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, ratificó constitucionalmente, en todas sus cláusulas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, como vemos, contiene una norma que impide la ampliación de los supuestos de aplicación de la pena de muerte como sanción penal. La imposibilidad de un conflicto armado externo de magnitud hizo que, en la práctica, el Perú aboliera la pena de muerte.

Por tanto, en cumplimiento de lo señalado por la Convención Americana para limitar sustancialmente la aplicación y ámbito de la pena de muerte, no era posible ampliar estos supuestos por una modificación constitucional o legal posterior a la ratificación de este tratado.

Pese a esta interpretación, la Constitución de 1993 amplió los supuestos de aplicación de la pena de muerte, tanto sobre traición a la Patria en caso de conflicto armado interno como frente al terrorismo. Sin embargo, esta disposición nunca fue implementada por las normas penales que reprimían el delito de terrorismo — cuestión que se pretende hacer con este proyecto de ley — y, curiosamente, se señala que la pena de muerte se aplicará «*conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada*», reconociendo implícitamente que no se podían ampliar los supuestos de la pena de muerte en el Perú, por ser un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La redacción del artículo 140°, a nuestro modo de ver, hace impracticable dicha disposición, toda vez que existe una contradicción jurídica dentro de la misma norma.

---

8 CADH, artículos 4, numerales 2 y 3.

9 Constitución Política del Perú de 1979, artículo 235°: «No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior».

Tomando en consideración la modificación constitucional hecha por Perú en 1993, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos planteó una Opinión Consultiva a la Corte sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana.<sup>10</sup> Si bien la Corte no se pronunció sobre la modificación constitucional peruana —pues las Opiniones Consultivas no son empleadas para la resolución u opinión sobre casos particulares— sí señaló algunos puntos importantes sobre las consecuencias que tiene la aprobación de normas que vulneran la Convención Americana.

La Corte recuerda que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe y las modificaciones en el derecho interno no pueden ser invocadas para su incumplimiento, regla que ha sido codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>11</sup> y que es considerada como un principio general del derecho internacional. Dentro de las obligaciones que tienen los Estados parte de la Convención Americana, se encuentra aquella de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en este tratado. Dicha obligación comprende también la de no dictar medidas que conduzcan a vulnerar estos derechos y libertades, entre ellas normas de derecho interno. Por ello, la Corte considera que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte de la Convención constituye una violación de este tratado y, en el caso que esta violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.<sup>12</sup>

Por si fuera poco, la Corte Interamericana señala que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente vulneratoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado y, en caso que dicho acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, los agentes o funcionarios involucrados tendrán responsabilidad internacional por dicho acto.

¿Qué implicancias tiene esta opinión consultiva de la Corte para una posible ampliación de los supuestos de aplicación de la pena de muerte? *Cualquier Estado que a través de una disposición interna intente ampliar dichos supuestos,*

---

10 CIDH, Opinión Consultiva OC-14/94: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 9 de diciembre de 1994.

11 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46». El artículo 46 alude a que un Estado puede alegar un vicio del consentimiento para no cumplir un tratado cuando se haya violado manifiestamente una disposición de derecho interno y esta vulneración afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

12 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pfs. 35, 36 y 50.

*tendrá responsabilidad internacional por esta modificación legal interna y su cumplimiento por parte de agentes estatales también producirá responsabilidad individual de aquellos que contribuyan a la puesta en marcha de una pena que está prohibida en el derecho internacional.*

La denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus consecuencias:

Como hemos mencionado, el único camino que un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos podría seguir para la compatibilidad de sus obligaciones internacionales con la ampliación de los supuestos de la pena capital en su legislación interna es la denuncia de este tratado.

En el caso peruano, esta ampliación *implica una modificación constitucional*. El artículo 206° de la Constitución Política del Perú señala dos caminos para su reforma:

Aprobación por la mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso (61 votos favorables) y ratificación mediante referéndum.

Sin embargo, esta fórmula no es aplicable para la ampliación de la pena de muerte, toda vez que el artículo 32° del texto constitucional indica que no podrán someterse a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona. Siendo la pena de muerte una limitación clara al derecho a la vida, su ampliación — que constituye una disminución de un derecho fundamental — no podría ser aprobada por votación popular, lo cual restringe en mucho la viabilidad de la reforma constitucional.

Aprobación de la reforma constitucional en dos legislaturas ordinarias consecutivas por una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas (81 votos). El obstáculo en este caso es obtener una alta votación para este tema en dos oportunidades, además de suponer un plazo de cerca de un año para poder aprobar esta reforma constitucional.

Antes de concentrarnos en el procedimiento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en las consecuencias que la misma ocasionaría, *debemos preguntarnos si es posible una denuncia parcial de la Convención Americana*, tal como fue planteado en 1999 por el gobierno fujimorista o como lo han señalado algunos en la reciente polémica sobre la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Penal Miguel Castro Castro.

La Corte Interamericana ha sido clara sobre este tema en sus sentencias, durante el tiempo en que el Perú pretendió retirarse unilateralmente de su competencia contenciosa.

En su sentencia sobre competencia en el caso Tribunal Constitucional, la Corte señaló que contaba con el poder inherente para determinar el alcance de su propia competencia. En cumplimiento de tal prerrogativa, *la Corte señaló la inexistencia de norma alguna que faculte de manera expresa a los Estados partes a retirar su declaración de la competencia obligatoria de la Corte y tampoco el instrumento de aceptación por el Perú de dicha competencia.* La Corte considera que un Estado parte solo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones el propio tratado, siendo la única manera la denuncia del tratado como un todo. La Corte añade que la Convención Americana es clara al señalar la denuncia de la Convención como un todo, sin dejar a los Estados la posibilidad de la denuncia o el retiro de partes o cláusulas de la misma, pues afectaría su integridad, además de vulnerar la intención de las partes y la naturaleza de la Convención como tratado de Derechos Humanos.<sup>13</sup> *En términos jurídicos, los principios de respeto al objeto y fin del tratado y de progresividad en el reconocimiento de los derechos humanos impiden la denuncia parcial de la Convención Americana.*

Basándose en estos argumentos, la Corte Interamericana descartó el retiro de la competencia contenciosa de su competencia y, de los mismos, se infiere que *la única forma de retiro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la denuncia total de este tratado.*

Esta denuncia es regulada por el artículo 78° de la Convención Americana. El procedimiento se inicia con un preaviso de un año. Transcurrido dicho plazo, la denuncia producirá sus efectos. Sin embargo, el Estado estará obligado por todo hecho que, pudiendo constituir una violación de la Convención, haya ocurrido con anterioridad a la fecha en que la denuncia surta sus efectos.

¿Qué consecuencia directa tendría la salida del Perú de la Convención Americana? La principal es la *pérdida de un mecanismo de protección de los derechos humanos que ha probado su efectividad*, tanto en lo que se refiere a la región en general como al Perú en particular.

Nuestro país es el Estado que ha merecido mayor cantidad de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consiguiéndose los siguientes resultados favorables para la defensa de los derechos humanos en el Perú:

Se declararon las Leyes de Amnistía dictadas en 1995 como incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y carentes de efectos jurídicos, por lo que se eliminaba todo obstáculo para procesar a los responsables de violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno, evitando la impunidad de hechos que no deben volver a repetirse.

---

13 CIDH, Caso Tribunal Constitucional, Sentencia sobre Competencia, pfs. 31, 38, 39 y 50.

Se cuestionó en diversas sentencias la legislación antiterrorista dictada luego del 5 de abril de 1992, por ser atentatoria de las garantías que conforman el debido proceso. Finalmente, esta legislación fue reemplazada luego de un fallo del Tribunal Constitucional que recogió mucho de lo señalado por la Corte Interamericana, y, como se ha indicado anteriormente, se llevaron a cabo nuevos juicios cumpliendo con los estándares internacionales de derechos humanos y garantizando, al mismo tiempo, la seguridad del país.

Se ordenó al Estado peruano la investigación judicial independiente de sucesos ocurridos durante el conflicto armado interno, tales como los sucesos de los penales de 1986 y la desaparición del estudiante Ernesto Castillo Páez. En el primer caso, el proceso avanza con lentitud; mientras que el segundo caso motivó la primera sentencia judicial sobre desaparición forzada, en la que se sancionó a los responsables y se confirmó el carácter continuado de este delito.

Se repararon abusos de poder, tales como la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional opuestos a la segunda reelección de Alberto Fujimori y el despojo de la nacionalidad de Baruch Ivcher, caso que, además, produjo repercusiones para la protección de la libertad de expresión.

Se ordenó la libertad de María Elena Loayza Tamayo, ciudadana condenada a prisión por terrorismo en el fuero común, luego de ser procesada y absuelta en el fuero militar.

Se establece que la vulneración de los derechos humanos se produce incluso cuando los afectados son personas que han cometido delitos o se presume su vinculación con grupos subversivos o actividades delictivas, como en el caso Penal Miguel Castro Castro.

Se reconoce, en las sentencias más recientes de la Corte, el trabajo realizado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el cual es tomado en cuenta para la contextualización de los sucesos vinculados al conflicto armado interno.

La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre vulneraciones a los derechos laborales, como la reducción de pensiones de jubilación (caso Cinco Pensionistas) o el despido arbitrario (caso Acevedo Jaramillo – SITRAMUN).

En el caso de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, esta entidad emitió dos informes sobre la situación de los derechos humanos en el Perú (1993 y 2000), en medio de coyunturas poco favorables a la protección y respeto de los derechos inherentes al ser humano en nuestro país. Asimismo, la Comisión hizo un informe especial sobre la situación del establecimiento penal de Challapalca (Tacna), que fue clausurado por el Estado peruano sobre la base de las constataciones sobre sus condiciones precarias y vulneratorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión también ha emitido pronunciamientos de fondo sobre casos individuales, como la desaparición del activista de derechos humanos Angel Escobar Jurado, el asesinato del periodista Hugo Bustios, las irregularidades en el cese del juez Walter Vásquez Bejarano —ex Presidente de la Corte Suprema de la República—, e, incluso, sobre las violaciones al debido proceso contra el actual Presidente de la República Alan García Pérez.<sup>14</sup> *Esta última decisión permitió al actual Presidente de la República superar los obstáculos legales que le habrían impedido ser candidato a la Presidencia.*

Como hemos visto, el sistema interamericano de derechos humanos se ha convertido en el mecanismo más efectivo para la protección internacional de los derechos de los ciudadanos peruanos. Los procedimientos del sistema universal de derechos humanos, a pesar de su importancia, no revisten la misma fuerza que una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o incluso que un informe de la Comisión Interamericana. La denuncia del tratado, que implica el retiro casi total del sistema interamericano,<sup>15</sup> podría constituir una vulneración del derecho constitucional que asiste a todos los peruanos para poder acudir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte cuando se haya agotado la jurisdicción interna y consideremos que se hayan vulnerado nuestros derechos,<sup>16</sup> por las razones antes señaladas.

Finalmente, debe considerarse el impacto que tendría en la comunidad internacional el alejamiento del sistema interamericano de derechos humanos. Nuestro país, durante los últimos años, ha procurado cumplir con sus obligaciones internacionales en esta materia, no solo por las cuestiones jurídicas y éticas que implica, sino también para mejorar el prestigio internacional del país, venido a menos luego de muchos años de incumplimiento de las normas sobre derechos humanos.

## CONCLUSIONES:

El establecimiento de la pena de muerte para casos de terrorismo no es una medida adecuada para el combate contra los remanentes de las organizaciones subversivas.

---

14 Sobre este último caso, ver: <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Admisibilidad/Peru11.688.htm> y <http://www.cidh.org/annualrep/94span/capítuloIII.peru11.006.htm>

15 Decimos retiro «casi total» pues la Comisión Interamericana podría seguir conociendo peticiones individuales sobre Perú, pero sobre la base de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, texto que interpreta lo señalado por la Carta de la OEA sobre derechos humanos y que es aplicado a los países que no son parte de la Convención. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ya no tendríamos acceso a la Corte Interamericana y que la Convención Americana es un instrumento más completo que la Declaración sobre esta materia.

16 Derecho señalado en el artículo 205° de la Constitución Política del Perú.

El Estado no puede actuar con la misma lógica que grupos armados que tienen un desprecio por la vida humana, lección que debió aprenderse en los años del conflicto armado interno.

El derecho penal no tener un ánimo de venganza ni debe suponer que los derechos de las personas se pierden por la comisión de un delito. El Estado debe aplicar la normatividad vigente en materia de procesamiento y criminalización del terrorismo, la que comprende garantías del debido proceso, así como sanciones altas que llegan hasta la cadena perpetua, normativa que compatibiliza la persecución de un delito tan grave como el de terrorismo con el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece de manera clara que no se pueden ampliar las causales de aplicación de la pena de muerte que se tenían al momento de la ratificación del tratado. El Perú, mediante la Constitución de 1979, ratificó la Constitución y estableció como única causal de aplicación de la pena capital la traición a la Patria en caso de guerra exterior. Por tanto, la ampliación hecha por la Constitución de 1993 es una vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuestión confirmada por la Opinión Consultiva 14/94 emitida por la Corte Interamericana. Ello hace inaplicable la norma contenida en el artículo 140° de la Constitución Política que actualmente nos rige.

El único mecanismo legal que tendría el Perú para aplicar la pena de muerte es la denuncia total de la Convención Americana de Derechos Humanos, opción que tendría que superar los requisitos dispuestos para la reforma de la Constitución, así como una posible demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta opción no es recomendable, toda vez que nos dejaría a los peruanos sin poder acudir a un mecanismo internacional efectivo cada vez que en el ordenamiento interno se vulneren nuestros derechos fundamentales, además del desprestigio internacional que ocasionaría para el Perú luego de más de seis años de haber recuperado la democracia.

Es necesario establecer una política de lucha contra los remanentes subversivos, basada en una estrategia política y militar que no repita los viejos errores del pasado y que concluya el conflicto armado interno de forma pacífica con la población en el más breve plazo. Medidas como la planteada por el Poder Ejecutivo no contribuyen a este objetivo y, por el contrario, reiteran errores pasados y abren conflictos innecesarios entre los peruanos. Esta política debe basarse en el respeto de los derechos humanos, en consonancia con lo dispuesto por la Constitución y los tratados internacionales. La experiencia reciente nos demuestra que realizar políticas que vulneren los derechos fundamentales nos trae consecuencias complicadas de atender para el Estado peruano.

## **ANEXOS**



**PROYECTO DE LEY N° 282/2006-CR DE REFORMA CONSTITUCIONAL,  
QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 140° DE LA CONSTITUCIÓN,  
E IMPONE LA PENA DE MUERTE EN CASO DE VIOLACIÓN SEXUAL  
DE MENOR DE SIETE AÑOS DE EDAD SEGUIDA DE MUERTE**

**Presentado por la Célula Parlamentaria Aprista, el 19 de setiembre de 2006**

La Célula Parlamentaria Aprista, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política, y conforme al numeral 2) del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

Ley de reforma constitucional del artículo 140° de la constitución política

Artículo 1°.- Reforma Constitucional

Modifícase el Artículo 140° de la Constitución Política conforme al siguiente texto:

«La pena de muerte solo puede aplicarse por delito de traición a la Patria en caso de guerra, el de terrorismo, y el de violación sexual de menor de siete años de edad seguida de muerte, conforme a las leyes y a los tratados de los *que el Perú es parte obligada*».

Artículo 2°.- Vigencia de la norma

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, concluido el trámite de reforma previsto en el artículo 206° de la Constitución Política.

## Disposiciones complementarias

Primera.- Modificatoria del artículo 173 - A del Código Penal

Molifíquese el Artículo 173 - A del Código Penal conforme al siguiente texto:

«Si el acto previsto en el inciso 1 del artículo anterior causa la muerte de la víctima, que tenía menos de siete años de edad, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la condena será de muerte».

Segunda.- Agregase el artículo 173 - B del Código Penal

Agrégase el Artículo 173 - B al Código Penal, que quedará redactado conforme al siguiente texto:

«Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan lesión grave a la víctima, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua».

Lima, 18 de septiembre de 2006

Javier Vélásquez Quesquén, Congresista de la República

## **Exposición de motivos**

Se cita la inconveniencia de la pena de muerte a partir de la responsabilidad del Estado en el ámbito del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, sin embargo, no se ha tomado en cuenta un principio fundamental de la propia estructura y razón del ser del Derecho es que las normas responden a la realidad social en la que se ejercen, y precisamente por ello, es que son sujetas al cambio o modificación a la luz de las nuevas necesidades que se puedan presentar.

En ese sentido, es indudable que el crimen violento tiene un efecto poderoso y corrosivo sobre la sociedad, por cuanto propicia un contexto de convivencia en desconfianza, es decir, desmorona la convivencia pacífica y genera inseguridad. Por tal razón, es que esa misma sociedad es la encargada de legitimar las diversas sanciones que establece el ordenamiento jurídico. La idea de justicia se mantiene en la comunidad que rechaza la violencia, y por tanto, condena las consecuencias que la injusticia conlleva. De ahí, que se propugne que aquellos que violan la vida y la sociedad sean responsables por su crimen de acuerdo al grado de afectación de los bienes jurídicos comprometidos, ya que en caso contrario, se impondría una situación de arbitrariedad inaceptable, no solo para las víctimas sino también para la sociedad en su conjunto.

Nadie acepta que la pena capital deba ser ilimitada, y por ello, es que debe ser aplicada para casos que revisten considerable importancia en atención de la dimensión del delito cometido. En ese sentido, un aspecto fundamental a tomar en cuenta es la razonabilidad de la medida a ser aplicada a determinados supuestos, que no solo son repudiables, sino que revisten notoria gravedad al punto que configuran un problema social que requiere inmediata solución.

*El principio de razonabilidad*, busca en principio, evitar la arbitrariedad en la actuación de los actos discrecionales de los Poderes del Estado, más aún cuando dicho ejercicio incida en la limitación de derechos fundamentales. De este modo, la razonabilidad exige que los actos (para dar el significado de contenido voluntario que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias) deben cumplir el requisito de ser *generalmente aceptados por la colectividad* como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante. Entonces, la razonabilidad implica lo que se tiene correcto en un determinado contexto social, precisamente porque atiende a los conceptos de razón y justicia, que no son otra cosa sino valores que interiorizados en la sociedad.

El Estado es responsable ante la población por la protección de los derechos de los ciudadanos y el mantenimiento de la justicia y el orden público. En ese supuesto, el Estado se encuentra no solo facultado, sino en obligación de imponer medidas efectivas para garantizar la paz social cuando esta se vea vulnerada, lo que incluye el poder de quitar la vida humana en aquellos casos donde el no hacerlo constituye no únicamente un claro peligro para la sociedad, sino una violación vigente y continuada.

Actualmente, persiste la necesidad de proteger a la sociedad de aquellos que la ponen en peligro: la violación sexual y muerte a menores de siete años de edad, es un problema social que a la fecha ha desbordado cualquier tipo de control disuasivo, siendo que conforme avanza el tiempo se suceden nuevos casos, uno más abominable que el otro, a pesar que existe una legislación penal que sanciona este ilícito con cadena perpetua. No se trata de buscar una solución facilista sino de afrontar un problema que exige urgente solución, y que ha demostrado que puede no solo sobrevivir sino peor aún, pasar por alto cualquier tipo de legislación, ya sea de naturaleza internacional, como sucede con los tratados de protección de derechos de los niños y los adolescentes.

Es necesario que consideremos que aún en la Biblia nuestro Señor Jesucristo condena el atentado contra los niños, recordemos Mateo 18, 6-7, en la que afirma<sup>6</sup> «Y a cualquiera que haga tropezar a uno de estos pequeños que creen en mí, mejor le fuera que se le atase al cuello una gran piedra de molino y que se le hundiese en lo profundo del mar.<sup>7</sup> ¡Ay del mundo por los tropiezos! Es inevitable que haya tropiezos, pero hay del hombre que los ocasione!».

En el plano estrictamente constitucional peruano, debemos apreciar que el ordenamiento jurídico peruano recoge como principio rector la Supremacía de la Constitución prevalece sobre toda norma legal (Artículo 51° de la Constitución), en tanto que los Tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional, es decir solo tienen rango de ley (Artículo 55° de la Constitución).

Más aún, el Tribunal Constitucional en su Sentencia expedida en el Expediente N° 1277-1999-AC/TC, Fundamento Jurídico 7, expone que «es un hecho inobjetable [...] que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55° que ‘Los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional’ y el Artículo 200° inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados sin distinción alguna».

La defensa de la persona humana es el fin supremo del Estado, así también es obligación del Estado peruano la protección del menor. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que los «derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada. Este especial deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no solo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares. Como se ha dicho, esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado en el artículo 1° de la Constitución de 1993 ...» en su Sentencia expedida en el Expediente N° 0976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 5.

Es aberrante el incremento de casos de violación y muerte de menores de edad en nuestro país, la prensa informa diariamente sobre estos casos, los juzgados penales aumentan su carga procesal al respecto, y la sanción que se otorga a los autores de tan execrable delito finalmente los beneficia considerando que al condenarlos a cadena perpetua conforme a la Constitución y legislación penal vigente, se establece que el Estado peruano a través de su sistema carcelario debe proveerle seguridad, alimentación, educación, vestido, recreación y esparcimiento por el resto de su vida, no por un acto de economía, sino por un acto de justicia, así como recogiendo el clamor popular y el clamor silencioso de las víctimas menores

de edad, incluso de niños y niñas inocentes de escasos dos años, es urgente que se restaure la pena de muerte para aquellos que violen sexualmente y le ocasionen la muerte a un menor de catorce años de edad.

Imponer la pena de muerte en Perú para los que cometan el delito de violación sexual y muerte de menores de catorce años implica la modificación del Artículo 140° de la Constitución, ampliando los supuestos de su aplicación que actualmente solo está previsto para los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo, y acto simultáneamente se debe denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por interpretación extensiva del artículo 57° de la Constitución Política debemos apreciar que luego de modificado el citado artículo 140°, la Convención Americana sobre Derechos Humanos afectará disposiciones constitucionales, por lo que el Presidente de la República debe denunciarla, para lo que el Congreso de la República le debe otorgar expresa autorización.

Finalmente, no creemos que el establecimiento de la pena capital para los casos de violaciones a menores de edad, sea contrario a la responsabilidad del Estado peruano en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ello, se evidencia, dando una mirada a los principales tratados internacionales y regionales que disponen la abolición de la pena de muerte:

*El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, establece la total abolición de la pena de muerte, pero permite a los Estados Partes mantenerla en tiempo de guerra si hacen constar su reserva a tal efecto en el momento de ratificar el protocolo o de adherirse a él.

El Protocolo número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado por el Consejo de Europa en 1982, dispone la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz. Los Estados Partes pueden mantenerla para delitos «en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra».

*El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 1990, dispone la total abolición de la pena de muerte, pero permite a los Estados Partes conservarla en tiempo de guerra si hacen constar su reserva a tal efecto en el momento de ratificar el protocolo o de adherirse a él.

Como puede notarse, la abolición de la pena de muerte proclamada por los instrumentos internacionales descritos, se encuentran referidos casi exclusivamente a los casos de traición a la patria en caso de conflicto armado, y si revisamos

la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se está en el mismo norte. Es decir, no puede considerarse que en todos los casos ello va a operar así, más aún si se tiene en cuenta que las necesidades cambian y que las consideraciones de una decisión internacional se deben analizar de forma casuística. Esta última por supuesto que se convalida en el caso de las violaciones sexuales y muerte de menores de edad, en el que se han comprobado efectos de carácter repudiable a los que normalmente sigue la muerte en diversas modalidades, como la descuartización.

Precisamos que detallado así, la imposición de la pena de muerte por violación sexual y muerte de menores de catorce años no es un acto de venganza, sino obedecerá al establecimiento del orden y seguridad a través de una reforma constitucional, modificando luego la Legislación Penal, y la ratificación de la independencia del Poder Judicial prevista en nuestra Constitución, así como el irrestricto respeto al debido proceso por el cual se debe tipificar claramente los supuestos que configurarían el delito por el cual se impondrá la pena de muerte, con lo que no se debería condenar a ¡nocentes.

### **Análisis costo-beneficio**

La reforma constitucional que se propone debe ser analizada antes que dentro de los patrones del costo-beneficio, con criterio del costo social que implica el no adoptarla, el mantener la situación de inseguridad en la cual los victimarios son considerados como víctimas y se pretende defender sus derechos, sin considerar el derecho de la sociedad en conjunto y como suma de individuos, cada uno con derecho a no convivir con agentes agresores de la vida de los más jóvenes de sus miembros.

El análisis costo-beneficio nos llevaría a proporcionar una medida de los costos en que se incurren en la realización de la reforma constitucional, y a su vez comparar dichos costos previstos con los beneficios esperados de la reforma misma.

En este sentido deberíamos elaborar dos tipos de listas, la primera con lo requerido para llevar a cabo la reforma constitucional propuesta y la segunda con los beneficios que trae consigo la reforma. Antes de redactar la lista es necesario tener presente que los costos son tangibles, es decir se pueden medir en alguna unidad económica, mientras que los beneficios pueden ser tangibles y no tangibles, es decir pueden darse en forma objetiva o subjetiva. La primera lista (requerimiento para implantar la reforma) deber estar integrada por requerimientos necesarios para ejecutarla, el costo que se le asigna a cada uno. En tanto que la lista de beneficios no es mensurable en un análisis tan breve como el exigido para el presente documento.

Lo que se pretende afirmar es que en el presente caso el exigido análisis costo-beneficio nos llevaría a un razonamiento sin sentido jurídico en el cual pretenderíamos valorar y comparar el costo de la reforma constitucional propuesta con la integridad y vida de los niños menores de catorce años de edad.

### **Efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional**

En el extremo de la legislación nacional la principal implicancia del presente proyecto incide en la Reforma del Artículo 140° de la Constitución Política, así como la necesaria adecuación del artículo 173° del Código Penal, y la posterior adecuación de la legislación de ejecución penal a la citada modificación.

En lo referente al derecho internacional se deberá mantener el sometimiento del Estado peruano a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún cuando fuera necesaria la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos en todo aquello que resulte ajeno a la reforma constitucional propuesta, esto es, solo la parte final del numeral 2) del artículo 4°, supuesto no prevista la denuncia parcial de un tratado en la Convención de Viena.

---

**PROYECTO DE LEY N° 281/2006-PE DE REFORMA CONSTITUCIONAL  
DEL ARTICULO 140° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

**Presentado por el Gobierno el 19 de setiembre de 2006**

Artículo Único.- Modifícase el artículo 140- de la Constitución Política, por el siguiente texto:

**Artículo 140.-** La pena de muerte solo podrá aplicarse por los delitos de traición a la patria en caso de guerra, terrorismo, y violación sexual de menor de siete años de edad seguida de muerte.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.  
En Lima, a los

Alan García Pérez, Presidente Constitucional de la República  
Jorge Del Castillo Gálvez, Presidente del Consejo de Ministros

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **Doctrina que respalda la imposición de la pena de muerte**

Según las fuentes del derecho, no se registran datos que permitan concluir que en la antigüedad existió polémica doctrinaria sobre la aplicación de la pena de muerte y su legalidad.

Es Platón, según la Enciclopedia Jurídica Omega, el primero que teorizó sobre el tema, admitiendo y justificando su aplicación como un medio que sirve para eliminar de la sociedad a una persona que es nociva y perniciosa. Platón consideró que el delincuente incorregible es un enfermo incurable y que por tener tal condición constituye un germen de aberraciones y perturbaciones en otras personas, por lo que la muerte resulta ser la única alternativa.

Santo Tomás de Aquino, en su *Summa Theologicae*, parte II, capítulo II, párrafo 64, señala que todo poder correctivo y sancionatorio proviene de Dios, dueño de la vida y de la muerte, y es él quién delega a la sociedad humana, el poder público de imponer todo tipo de sanciones jurídicas, con el objeto de sanear los males sociales y defender la salud de la sociedad misma, precisando que es lícito eliminar al criminal pervertido mediante la imposición de la pena capital para salvar al resto de la sociedad.

De otro lado, se afirma que la pena de muerte ha sido admitida por los que sostienen la Escuela Clásica del Derecho Natural como Hugo Groccio, Juan Bodin y Samuel Puffendorf, que coinciden en señalar la necesidad de la pena capital

como un instrumento de represión. Para el último de ellos es totalmente válido y admisible que en función de las necesidades sociales, como por ejemplo la de defender la vida y la seguridad de toda la sociedad, se tenga a veces que sacrificar la vida de uno solo de sus miembros.

En la actualidad, las principales consideraciones que encontramos en la doctrina y que sustentan la imposición de la pena de muerte son las siguientes:

Que, es un instituto de necesidad imperiosa para lograr el orden y la seguridad sociales, por la tremenda fuerza inhibitoria que genera.

Que, es un medio instituíble para eliminar radicalmente a individuos cuya personalidad aberrante no ofrezca posibilidad alguna de readaptación social.

Que, a pesar de su rigor, evita a los condenados inadaptables los sufrimientos físicos y espirituales implicados en una prisión a perpetuidad.

En conclusión, para muchos la pena de muerte es lícita, habida cuenta que la sociedad la utiliza como medio de conservación, resultando insustituible porque es ejemplar como ninguna otra pena, constituyendo un medio de legítima defensa para la sociedad.

### **La pena de muerte en el catecismo de la iglesia católica**

La Edición Típica Latina del Catecismo de la Iglesia Católica, aprobada y promulgada por la Carta Apostólica *Laetetur magnopere*, de 5-VIII-1997, ha introducido algunas correcciones a la edición de 1992, entre las cuales figura la siguiente:

A/° 2267; «La enseñanza tradicional de la Iglesia no excluye, supuesta la pena de comprobación de la identidad y de la responsabilidad del culpable, el recurso a la pena de muerte, si esta fuera el único camino posible para defender eficazmente del agresor injusto las vidas humanas».

### **El delito de violación contra menores de edad y la pena de muerte**

Como es de público conocimiento, los casos de violencia infantil, y especialmente los casos de violación seguida de muerte contra menores de edad vienen incrementándose aceleradamente en nuestra sociedad, causando una alarma generalizada de la población, lo cual exige del Estado y de las instituciones que lo representan, la inmediata imposición de drásticas medidas que repriman este grave delito.

De acuerdo a información estadística proporcionada por la Dirección de Investigación Criminal y Apoyo a la Justicia (DIRINCRI). Desde el año 2002 hasta la fecha, se tienen registrados 78 casos de violación sexual de menores de edad,

ocasionándose la muerte de la víctima en 6 de ellos. A estos casos deben sumarse un considerable número de violaciones de menores que no son denunciadas.

La pena de muerte en el Perú ha sido recogida a lo largo de nuestra historia republicana en más de una Constitución y para diferentes delitos; es el caso de la Constitución de 1860, que la restablece para casos de homicidio calificado.

Posteriormente, la Constitución de 1933, consideró en su artículo 54 que la pena de muerte se impondría por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señalara la ley.

Por otro lado, el Decreto Ley No. 20583, promulgado en el mes de abril de 1974, prescribió la pena de muerte para quién cometa el acto sexual con un menor de siete años.

Asimismo, la Constitución Política de 1979, en su artículo 235, estableció lo siguiente: «No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior».

A la fecha, la Constitución Política del Perú de 1993, precisa en su artículo 140, que se aplicará la pena de muerte por el delito de traición a la patria, en caso de guerra y terrorismo.

Ante los hechos expuestos y la urgencia de proteger a los menores de edad víctimas del delito de violación sexual, resulta pertinente ampliar la imposición de la pena de muerte, siendo necesario para ello efectuar una reforma de carácter constitucional.

En efecto, el artículo 206 de la Constitución señala que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso de la República con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum.

Puede omitirse el referéndum cuando por acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas una votación favorable en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

Respecto de la convención americana de derechos humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en noviembre de 1969, fue aprobada por el Perú mediante Decreto Ley N° 22231, de fecha 11 de julio de 1978. El instrumento de ratificación fue depositado el 28 de julio de 1978, entrando en vigencia para el Perú en tal fecha.

El inciso 2 del artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, señala lo siguiente:

Artículo 4.- Derecho a la Vida

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia

ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

En este contexto, es pertinente mencionar que por Decreto Ley N° 20583, promulgado en abril de 1974, se modificaron las sanciones penales para los delitos de violación sexual contenidos en el Código Penal de 1924, estableciéndose la pena de muerte para quien «hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de siete o menos años de edad» (artículo 199).

Por tanto, si consideramos que esta norma estuvo vigente hasta que se dictó la Constitución de 1979, tenemos que al momento de la ratificación por parte del Perú del Pacto de Costa Rica (julio de 1978), se sancionaba con pena de muerte a quienes cometieran este execrable delito.

Consecuentemente, puede sostenerse que la reanudación de la pena de muerte para este caso en particular no contraviene dicho instrumento internacional, en razón de que no constituiría una «extensión» de esta pena para *«delitos a los cuales no se la aplique actualmente»*, conforme a la última parte del artículo 4.2 del citado Pacto.

Existen pues, argumentos para sostener que no resulta necesario denunciar el mencionado Pacto a efecto de sancionar con pena de muerte la violación y posterior homicidio de menores de edad; bastando para ello modificar el artículo 140° de la Constitución y posteriormente modificar la parte pertinente del Código Penal.

### **Análisis costo beneficio**

Sin duda alguna, la propuesta de reforma constitucional que se plantea y por ende la imposición de la pena de muerte como sanción para aquellos que cometan el delito de violación sexual contra menores de edad seguida de muerte, recoge un reclamo permanente de la sociedad, que debe resguardarse de elementos que evidencian con dicha conducta una altísima peligrosidad.

### **Efecto de la norma en nuestro ordenamiento legal**

La presente propuesta legislativa plantea la modificación del artículo 140° de la Constitución Política.

**Proyecto de ley n. 669/2006-PE que sanciona con pena de muerte las formas agravadas del delito de terrorismo e incrementa las penas correspondientes a sus demás**

**Presentado por el Gobierno el 11 de noviembre de 2006**

Artículo 1.- Del objeto de la ley

La presente Ley tiene como objeto aprobar medidas de prevención y represión contra la comisión del delito de terrorismo a través de la modificación de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto Ley N° 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; y del artículo 316° del Código Penal.

Artículo 2.- Modificación de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto Ley N° 25475.

Molifíquese los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto Ley N° 25475, en los siguientes términos:

Artículo 2.- Descripción típica del delito

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de treinta años.

Artículo 3.- Penas aplicables

La pena será:

a. Pena de muerte

Si el agente pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otro equivalente, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización.

Si el agente es integrante de grupos armados, bandas, pelotones, grupos de aniquilamiento o similares, de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas o grupos de personas indefensas sea cual fuere el medio empleado.

b. Cadena perpetua

Si el agente es miembro de una organización terrorista que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25475.

Igual pena será aplicada al delincuente terrorista que directamente intervenga o provoque la muerte de personas o tenga participación en tales acciones.

Si el daño ocasionado a los bienes públicos y privados impide, total o parcialmente, la prestación de servicios.

c. Privativa de Libertad no menor de treinta y cinco años:

Si el agente miembro de una organización terrorista se vale de extorsión, asalto, robo, secuestro de personas, o se apropia por cualquier medio ilícito de dinero, bienes o servicios de una autoridad o de particulares.

Si el agente hace participar a menores de edad en la comisión de delitos de terrorismo.

Si como efecto de los hechos contenidos en el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, se producen lesiones graves a terceras personas.

Artículo 4.- Colaboración con el terrorismo

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de **treinta años**, el que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en el Decreto Ley N° 25475 o la realización de los fines de un grupo terrorista. Son actos de colaboración:

[...]

Artículo 5.- Afiliación a organizaciones terroristas

Los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de treinta años e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia.

Artículo 6.- Instigación

Será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de quince años ni mayor de veinticinco, el que mediante cualquier medio incitare a que se cometa cualquiera de los actos que comprende el delito de terrorismo.

#### Artículo 8.- Obstaculización de acción de la justicia

El que por cualquier medio obstruya, dificulte o impida la acción de la justicia o las investigaciones en curso sobre delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

#### Artículo 9.- Reincidencia

Los reincidentes, serán reprimidos con la pena de muerte. Para efectos del presente Decreto Ley contra el terrorismo, se considera reincidente al delincuente que habiendo sufrido pena privativa de libertad, impuesta por sentencia nacional o extranjera, incurra en la comisión de un nuevo delito antes de transcurrir diez años de la condena precedente.

#### Artículo 3.- Modificación del artículo 316 del Código Penal

Modifíquese el artículo 316 del Código Penal, en los siguientes términos:

##### Artículo 316.- Apología

El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será *no menor de diez ni mayor de quince años*. Además se le impondrá el máximo de la pena de multa previsto en el artículo 42 e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

#### Artículo 4.- De la Vigencia

La presente ley entrará en vigencia al siguiente día de efectuada su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación. En Lima,

### **Exposición de motivos**

Desde el año 1980 y por espacio de casi dos décadas, las organizaciones terroristas autodenominadas «Sendero Luminoso» y el «Movimiento Revolucionario Túpac Amaru», instauraron el terror en la población civil, sumiendo al país en el caos,

pretendiendo socavar las bases de la institucionalidad democrática a través de la más brutal expresión de la violencia, causando innumerables pérdidas de vidas humanas y cuantiosos daños materiales.

Gracias al esfuerzo conjunto del Estado y de la sociedad civil, se logró desarticular a estos grupos terroristas con la captura y el encarcelamiento de sus principales líderes; sin embargo, es evidente que la lucha contra el terrorismo no ha culminado, dado que existen elementos remanentes principalmente en la Selva Central que pretenden continuar con su accionar delictivo en perjuicio de la Nación.

Prevenir que los elementos remanentes de los grupos terroristas que asolaron a la población puedan reunificarse y fortalecerse, e incluso estrechar alianzas con elementos ligados al narcotráfico, con la intención de desarrollar su insana e injustificada lucha armada, es una política del Estado que debe de ser puesta en marcha y fortalecerse con la puesta en vigor de una Ley que sancione con pena de muerte a aquellas personas que realicen actos de terrorismo.

La pena de muerte para actos de terrorismo expresará una clara y contundente respuesta de un Estado que no está dispuesto a permitir que el país vuelva a sufrir las consecuencias del demencial accionar de los mencionados grupos terroristas.

En tal virtud, la presente iniciativa legislativa propone que quienes pertenezcan al grupo dirigenal de una organización terrorista así como aquellos que integren grupos armados, bandas, pelotones, grupos de aniquilamiento o similares, y los que sean miembros de grupos terroristas que causen la muerte de las personas, deben ser sancionados con la pena capital, dada la altísima peligrosidad que representan para la sociedad en su conjunto.

En este orden de ideas, en aras de garantizar la seguridad del país, el presente proyecto de ley tiene como objeto aprobar medidas de prevención y represión contra la comisión del delito de terrorismo, a través de la modificación de los artículos 2, 3, 4°, 5, 6, 8° y 9° del Decreto Ley N° 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; y del artículo 316° del Código Penal.

### **Consideraciones doctrinarias que respaldan la imposición de la pena de muerte**

Según las fuentes del derecho, no se registran datos que permitan concluir que en la antigüedad existió polémica doctrinaria sobre la aplicación de la pena de muerte y su legalidad.

Es Platón, según la Enciclopedia Jurídica Omeba, primero que teorizó sobre el tema admitiendo y justificando su aplicación como un medio que sirve para eliminar de la sociedad a una persona que es nociva y pernicioso. Platón consideró que

el delincuente incorregible es un enfermo incurable y que por tener tal condición constituye un germen de perturbaciones en otras personas, por lo que la muerte resulta ser la única alternativa.

Santo Tomás de Aquino, en su *Summa Theologicae*, parte II, Capítulo II, párrafo 64, señala que todo poder correctivo y sancionatorio proviene de Dios, dueño de la vida y de la muerte, y es él quién delega a la sociedad humana, el poder público de imponer todo tipo de sanciones jurídicas, con el objeto de sanear los males sociales y defender la salud de la sociedad misma, precisando que es lícito eliminar al criminal mediante la imposición de la pena capital para salvar al resto de la sociedad.

De otro lado, se afirma que la pena de muerte ha sido admitida por los que sostiene la Escuela Clásica del Derecho Natural como Hugo Groccio, Juan Bodin y Samuel Puffendorf, que coinciden en señalar la necesidad de la pena capital como un instrumento de supresión. Para el último de ellos es totalmente válido y admisible que en función de las necesidades sociales, como por ejemplo la de defender la vida y la seguridad de toda la sociedad, se tenga a veces que sacrificar la vida de uno solo de sus miembros.

En la actualidad, las principales consideraciones que encontramos en la doctrina y que sustentan la imposición de la pena de muerte son las siguientes:

Que, es un instituto de necesidad imperiosa para lograr el orden y la seguridad sociales, por la tremenda fuerza inhibitoria que genera.

Que, es un medio instituíble para eliminar radicalmente a individuos cuya personalidad no ofrezca posibilidad alguna de readaptación social.

Que, a pesar de su rigor, evita a los condenados inadaptables los sufrimientos físicos y espirituales implicados en una prisión a perpetuidad

En conclusión para muchos la pena de muerte es lícita, habida cuenta que la sociedad la utiliza como medio de conservación, resultando insustituible porque es ejemplar como ninguna otra pena, constituyendo un medio de legítima defensa para la sociedad.

### **La pena de muerte en el catecismo de la iglesia católica**

La Edición Típica Latina del Catecismo de la Iglesia Católica, aprobada y promulgada por la Carta Apostólica «*Lateranum magnopere*», de 5-VNI-1997, ha introducido algunas correcciones a la edición de 1992, entre las cuales figura la siguiente:

Nº 2267: «La enseñanza tradicional de la iglesia no excluye, supuesta la pena de comprobación de la identidad y de la responsabilidad del culpable,

el recurso a la pena de muerte, si esta fuera el único camino posible para defender eficazmente del agresor injusto las vidas humanas».

### **El delito de terrorismo y la pena de muerte**

La pena de muerte en el Perú ha sido recogida a lo largo de nuestra historia republicana en más de una Constitución y para diferentes delitos; es el caso de la Constitución de 1860, que la restablece para casos de homicidio calificado.

Posteriormente, la Constitución de 1933, consideró en su artículo 54 que la pena de muerte se impondría por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señalara la ley.

Por otro lado, el Decreto Ley N° 20583, promulgado en el mes de abril de 1974, prescribió la pena de muerte para quién cometa el acto sexual con un menor de siete años.

Asimismo, la Constitución Política de 1979, en su artículo 235, estableció lo siguiente: «No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria, en caso de guerra exterior».

A la fecha, la Constitución Política del Perú de 1993, precisa en su artículo 140° que se aplicará la pena de muerte por el delito de traición a la patria, en caso de guerra y terrorismo.

### **Respecto de la convención americana de derechos humanos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en noviembre de 1969, fue aprobada por el Perú mediante Decreto Ley N° 22231 de fecha 11 de julio de 1978. El instrumento de ratificación fue depositado el 28 de julio de 1978, entrando en vigencia para el Perú en tal fecha.

El inciso 2, del artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, señala lo siguiente:

Artículo 4°.- Derecho a la Vida

2.- *En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada del tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.*

Al respecto, es pertinente mencionar que la pena de muerte para el caso de terrorismo ya se encuentra establecida en nuestra Constitución, lo que legitima jurídicamente su aplicación.

## **El delito de terrorismo en nuestra legislación, las penas aplicables y las propuestas a sus diversas modalidades**

Nuestra legislación tipificó el delito de terrorismo a través del Capítulo II, Título XIV de los Delitos contra la Tranquilidad Pública del Código Penal; estas disposiciones fueron derogadas mediante el artículo 22 del Decreto Ley N° 25475, norma que estableció la penalidad para la comisión del delito de terrorismo en sus diversas modalidades.

Cabe indicar que referido Decreto Ley ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 921, norma que estableció el Régimen Jurídico de la Cadena Perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la Pena para los delitos previstos en los artículos 2, 3, incisos b) y c), 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475.

Siendo el criterio adoptado para la formulación de nuestra propuesta incrementar la pena aplicable al delito de terrorismo y establecer la pena de muerte en lo que resulte pertinente, debe también incrementarse las penas establecidas en todas las modalidades de comisión de este delito señaladas tanto en el Decreto Ley N° 25475, así como por el artículo 316 del Código Penal, referido a la apología del terrorismo.

### **Análisis costo beneficio**

La norma propuesta constituye una respuesta concreta y firme del Estado, que debe proteger a la población de individuos cuya conducta evidencia una altísima peligrosidad para la colectividad y la estabilidad y seguridad del país.

### **Impacto en la legislación vigente**

La iniciativa legislativa modifica los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto Ley N° 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; y el artículo 316 del Código Penal, en concordancia con el artículo 140 de la Constitución Política del Perú, que establece que la pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de Traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

**PROYECTO DE LEY N° 164/2006-CR**  
**QUE PROPONE MODIFICAR EL ARTÍCULO 140 DE LA CONSTITUCIÓN**

**Presentado por el grupo parlamentario Unidad Nacional  
el 11 de setiembre 2006**

El Grupo Parlamentario UNIDAD NACIONAL, a iniciativa de la congresista **LOURDES ALCORTA SUERO**, en ejercicio del derecho a iniciativa legislativa previsto en el artículo 107° de la Constitución Política del Estado y conforme al artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente Proyecto de Ley:

Ley que propone modificar el artículo 140 de la Constitución Política del Perú

Artículo 1°.- Modificación del artículo 140° de la Constitución

Modifícase el artículo 140° de la Constitución Política del Perú en los términos siguientes:

«Artículo 140.- La pena de muerte solo puede aplicarse por delitos de traición a la patria en caso de guerra, terrorismo, violación de la libertad sexual de menores de nueve años y de discapacitados físicos y mentales, así como de mayores de nueve y menores de dieciocho años siempre que se cause la muerte de la víctima, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada».

Artículo 2°. Acciones del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo realizará las acciones que correspondan para la aplicación efectiva de lo dispuesto en el artículo 140° de la Constitución Política del Estado.

Lima, septiembre de 2006.

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **Fundamentos**

La pena de muerte o pena capital es la sanción más antigua y más grave que puede imponerse a un criminal convicto y confeso; por ello su implantación en el ordenamiento jurídico penal de un Estado produce una gran polémica y discusión, particularmente frente a la doctrina de protección de los derechos humanos.

La pena capital se conoce, en todas las culturas y con distintas variantes, desde los primeros tiempos de la humanidad. Los hebreos dejaron testimonio de la existencia de esta sanción. El Código de Hammurabi (1750 a.C.) reconocía la pena capital para veinticinco delitos dentro de los de carácter sexual. En la antigua Grecia, Platón consideró la pena de muerte como medio político para eliminar de la sociedad a elementos nocivos y perniciosos. En Roma, el delito de traición a la patria (*perduellio*) fue castigado con la pena de muerte. En las XII Tablas, texto legal elaborado en el año 451 a.C. que contenía las normas para regular la convivencia del pueblo romano, se previó la pena de muerte para otros delitos como el homicidio y el parricidio.

Santo Tomás de Aquino<sup>1</sup> considera no solo posible sino necesaria legitimar la pena de muerte en la ley natural. Afirmaba que cuando un hombre cometía un crimen se despojaba de su dignidad personal. El hombre, al pecar (mal moral), se separa del orden de la razón, y por ello decae en su dignidad, hundiéndose en la esclavitud de las bestias. El hombre malo es peor que una bestia, causa más daño.

En su obra *La suma teológica* Santo Tomás sostiene que de la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad. Asimismo, en la *Suma contra los Gentiles* precisa que el bien común es mejor que el bien particular el cual solo ha de sacrificarse para conservar el bien común. Pero la vida de algunos hombres perniciosos impide el bien aún, que es la concordia de la sociedad humana. Luego tales hombres han de ser apartados de la sociedad mediante la muerte para que la paz no se altere.

Posteriormente, si bien el cristianismo sentó las bases de las corrientes abolicionistas de hoy, la pena capital se afianzó durante la edad media, especialmente en los siglos XVI y XVII. El debate en torno a la aplicación de la pena capital, se inició a mediados del siglo XVIII y perdura hasta nuestros días.

Actualmente, encontramos países retencionistas cuya legislación recoge la pena capital y países abolicionistas que la han suprimido, en esta categoría ubicamos: (a) países que han eliminado la pena de muerte para todos los delitos (86 países), (b) países que la han abolido para los delitos comunes y los mantienen para delitos excepcionales como son los cometidos en tiempo de guerra (11 países) y (c) los abolicionistas de hecho aquellos que consagrándola en su ordenamiento no la han aplicado en los últimos 10 años o más (25 países). A la fecha, encontramos 76 países retencionistas frente a 122 países abolicionistas.<sup>2</sup>

---

1 Véase Ahumada Duran 2000: 127 ss.

2 Datos obtenidos en: [web.amnesty.org](http://web.amnesty.org) o [www.amnistiainternacional.org](http://www.amnistiainternacional.org)

A pesar del esfuerzo de los abolicionistas, cuyos resultados como vemos no son absolutos, en los últimos años está creciendo una fuerte corriente de opinión en favor de la aplicación de la pena de muerte como respuesta de la sociedad ante la alarmante proliferación de violadores de niños (vg., Argentina, México, Guatemala, España, Escocia).

La violación sexual de niños y adolescentes, constituye la más abominable y extrema forma de vulneración de derechos. Quienes atacan a niños despojándolos de su inocencia y del derecho de vivir su infancia con felicidad y tranquilidad, no pueden ser llamados seres humanos. Se convierten en monstruos, en animales predadores tras su presa: niños que no tienen capacidad de defensa ni de reacción frente al violador quien actúa utilizando su fuerza física, en otras ocasiones simulando cariño y afecto, abusando de su posición dominante y de autoridad, o infundiendo en ellos gran terror y pánico con amenazas y amedrentamientos.

Los violadores son criminales pervertidos, depravados y crueles que abusan de seres indefensos y actúan con premeditación, alevosía y ventaja causando profundas cicatrices, daños irreparables y perennes, en el cuerpo y en el alma de los niños violados que, de sobrevivir al ataque sexual, se convierten en desbastadores. Con el transcurso del tiempo el impacto en los niños y adolescentes víctimas de violación puede devenir en el suicidio.

Las repercusiones de la violación sexual contra niños y adolescentes se extienden a todos los niveles de su desarrollo personal y familiar, así como en su salud física (embarazos no leseedos, abortos clandestinos, enfermedades de transmisión sexual como el VIH, lesiones ginecológicas y anales graves, excoriaciones, hemorragias) y en su salud psíquica (miedo ofundo, vulnerabilidad, depresión, baja autoestima, uso de drogas, fobias), sin olvidar et 'rotundas cicatrices que quedan perennes en el alma de estos niños indefensos.

Las agresiones sexuales como tocamientos, sexo oral o interfemoral, la penetración vaginal, anal o digital o la introducción de objetos extraños (botellas, tubos, palos) contra niños y adolescentes, son las más profanas y brutales crímenes que pueden existir, el violador atenta contra seres que no se encuentran en condiciones de comprender lo que les esta sucediendo, particularmente los más pequeños quienes no saben cómo contarlo. Muchos de ellos apenas hablan, balbucean palabras y no pueden expresar lo que les ocurrió.

La violación de niños y adolescentes puede ocurrir en el seno familiar (el padre, padrastro, hermano u otro pariente), por alguien cercano a la familia (amigo, vecino, un maestro o quien lo cuida) o puede ser cometida por un extraño.

Nada nos resulta más aberrante que la violación de un niño más aún si el violador es un familiar persona que, en lugar de brindarle al menor seguridad y confianza, lo desgracia y marca para toda su vida. En el caso de niños de 5 años o más, tratándose de familiares, el menor se encuentran atrapado entre el afecto, la lealtad

y el odio hacia el violador, siente vergüenza frente a los demás miembros de la familia y el temor a que se desintegre «su familia» si se conoce el terrible secreto que oculta: haber sido violado por su propio padre, su hermano, su padrastro o un primo.

En nuestro país, es espeluznante el incremento del número de violaciones perpetradas contra niños y niñas, en muchos casos seguidos de muerte. No hay día que los medios de comunicación no presenten casos sobre niños y adolescentes víctimas de violación. En algunos casos el violador resulta ser su propio padre, un tío, hermano o primo.

Podríamos citar muchos casos emblemáticos, pero bastará uno para graficar el horror y la monstruosidad que significa una violación infantil. En el artículo «Seguridad, ¿Criminales o enfermos mentales?» publicado en la revista *Caretas* en su edición del 10 de agosto de 2006, se cita:

«Cuando los miembros del Serenazgo de Huancayo, alertados por vecinos, llegaron al cuarto que Carlos Béjar Mondaca alquilaba encontraron un cuadro extraño y aterrador: en el colchón del sujeto yacía inerte el cuerpo de una jovencita de 13 años de edad, desnuda, con pies y manos alados con cinta de embalaje, y amarrada con un pasador a su asesino».

«En la dependencia policial el sujeto explicó lo que dijo ser un accidente:

«Forcejeamos, por eso la estrangulé y la desvestí, pero no quise asesinarla, solo violarla». Béjar continuó asegurando que «cuando llegó el Serenazgo ya había decidido dejarla ir. Creía que estaba viva. Iba a ofrecerle dinero y regalarle una grabadora para que no diga nada».

«Pero Mayumi nunca pudo hablar. Además, faltaba otro detalle macabro: bajo el piso de esa misma guarida fue encontrado el cadáver de otra niña, igualmente ultrajada. De ella solo se sabe su primer nombre: Tachira».

«No era la primera vez que cometía estos crímenes. En 1993, cuando prestaba servicio militar en la Base Contrasubversiva de Chanchamayo, Béjar violó por lo menos a 18 nativas. «Las amarrábamos y abusábamos de ellas. Es que siempre se negaban», dijo en abril a la Policía. Sus superiores, al enterarse de estos hechos, lo expulsaron y lo mandaron al penal de Huamancaca. Pero de allí Béjar salió con compulsiones predatorias aun más feroces».

«En 1995, estando fuera de prisión, fue detenido por ultrajar a otra adolescente. Regresó al penal pero fue puesto en libertad dos años después, por beneficios penitenciarios».

«Béjar es un tipo de monstruo que asola nuestro país».

«Hace un par de semanas en La Oroya, otra criatura fue ultrajada y muerta. Abigaíl, R.M tenía solo dos años, pero fue secuestrada por su vecino David S. T, de 16, quien no solo la violó sino que le rompió el cuello. Luego metió su cuerpo

en un costal y lo arrojó en una calle. Cuatro días después, David fue detenido por la Policía».

Este caso como otros tantísimos que se presentan a cada instante.

Ante estas monstruosas violaciones de pequeños indefensos nos preguntamos ¿Cómo podemos calificar de «ser humano» a los violadores de niños y adolescentes, seres degradados y pervertidos que abusan de menores para satisfacer sus bajos instintos? ¿Podemos reconocerles derechos humanos a los violadores que por su pervertido, cruel y depravado accionar pierden toda dignidad y actúan como animales salvajes? No podemos permanecer indiferentes y con las manos cruzadas. Es hora que hagamos algo. Debemos empezar por reconocer que las niñas, los niños y adolescentes, tienen derechos los que necesitan ser protegidos, reivindicados y respetados. Su bienestar esta puesto en nuestras manos. No permitamos que pierdan su inocencia y sus esperanzas por una sociedad mejor. Ellos aún confían en nosotros.

Según el informe sobre «Maltrato y abuso sexual en niños, niñas y adolescentes» que consigna datos estadísticos de los Centros Emergencia Mujer a cargo del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social obtenidos entre enero de 2002 y junio de 2003,<sup>3</sup> los centros en referencia atendieron un total de 7.011 denuncias de niños, niñas y adolescentes. Cada víctima puede reportar uno o más tipos de violencia (sexual + psicológica). En el año 2005, registraron un total de 2.150 víctimas entre 0 y 17 años.

De los 7.011 casos 1.668 víctimas fueron atendidas por violencia sexual. Las víctimas pueden reportar más de un tipo de agresión.

Tipo de violencia	Grupo de Edad - Sexo de la Víctima									Total	Porcentaje
	0-5 años			6-11 años			12-17 años				
Sexual	F	M	Sin datos	F	M	Sin datos	F	M	Sin datos		
Sexual	87	46	0	372	84	0	1039	39	1	1668	23.90%

Los casos de abuso sexual están presentes en los tres grupos, con mayor incidencia en el de adolescentes de sexo femenino (97%). De los casos atendidos las niñas representan un 90% de las víctimas. En el rango de 0 a 5 años, las niñas doblan en número a los niños. En el grupo de 6 a 11 años hay 4 mujeres por cada varón.

3 Véase: [www.mimdes.gob.pe](http://www.mimdes.gob.pe)

Entre las víctimas de 12 a 17 años, por cada víctima de sexo masculino hay 27 del sexo femenino.

Conforme se aprecia en el siguiente cuadro, de las víctimas por violencia sexual, la violación tiene la mayor incidencia, en especial entre los adolescentes del sexo femenino, seguida de los tocamientos, acoso y seducción.

Tipo de agresión	Grupo de Edad - Sexo de la Víctima									
	0-5 años			6-11 años			12-17 años			
	F	M	Total	F	M	Total	F	M	S/D	Total
Violación	19	25	44	128	35	163	638	15	1	654
Sexo anal	0	4	4	11	10	21	23	2	0	25
Penetración digital	7	4	11	24	3	27	17	0	0	17
Sexo interfemoral	0	1	1	6	1	7	9	0	0	0
Sexo oral	4	4	8	12	3	15	6	0	0	6
Tocamiento	59	17	76	209	30	248	270	16	0	286
Gestos	5	3	8	36	4	40	86	7	0	93
Acoso	7	2	9	76	12	88	218	U	0	229
Seducción	0	0	0	0	0	0	207	8	0	215
Exhibicionismo	4	1	5	12	6	18	12	4	0	16
Besos íntimos	10	1	11	34	5	39	66	2	0	68
Actos compelidos	1	0	1	6	4	10	6	1	0	7
Otros	13	2	15	62	12	74	52	5	0	57
Total	129	64	193	616	134	750	1610	71	1	1682

El 49% de los casos de violencia sexual en niños entre 0 a 11 años, los agresores son personas que no tienen vínculo familiar con la víctima (amigos, vecinos o extraños), seguido del padre o padrastro de la víctima. También se encuentran otros familiares como s, hermanos, primos.

Tratándose de adolescentes, predomina el abuso encubierto donde el agresor es mayoritariamente un familiar, mientras el resto de las víctimas sindicaron a persona conocida (no familiar) o desconocida. En este grupo, predomina el abuso incestuoso padre-hija frente al de padre-hijo. El padrastro ha sido reportado en el 7.7% de los casos de víctimas adolescentes. Las víctimas femeninas son mayo-

ritarias. Se indica que 6 de cada 10 embarazos en niñas entre 11 y 14 años son producto de incesto o violación.

Según información de los Centros Emergencia Mujer del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social,<sup>4</sup> entre enero a junio del año en curso atendieron 1.053 casos de abuso sexual contra niños y adolescentes en todo el país. Lima ha sido la zona de mayor incidencia con 305 denuncias reportadas habiéndose atendido 63 casos en el Cercado de Lima, 53 en Villa El Salvador, 46 en Comas, San Luis y San Juan de Lurigancho registran 36 casos, San Juan de Miraflores 25 y Santiago de Surco 23.

En provincias el mayor número de agresiones sexuales se reportaron en San Martín con 63 casos, Tacna con 53, Ucayali 50, Arequipa 48, Junín 46 y Loreto con 40 casos. Los casos de violación de menores seguida de muerte se ha incrementado de 12 casos en el año 2005, a 23 casos en lo que va del presente año.<sup>5</sup>

Cabe indicar que los delitos de violación sexual son los que más cifras negras ocultan, por lo que las cifras expuestas no reflejan la verdadera magnitud del problema. De allí que el número de víctimas sea muy superior al registrado debido, además a que estos delitos no se denuncian sea por desconocimiento de los canales y lugares a los que se debe acudir, por temor a la estigmatización y condena por parte de la sociedad y de la propia familia.

Estas cifras que reflejan la proliferación de los delitos de violación de niños y adolescentes, generan indignación e inseguridad en la sociedad que clama justicia y exige una intervención efectiva por parte del Estado, no solo para prevenir estos delitos sino mano dura para castigar a los violadores de víctimas indefensas como son los niños y niñas y adolescentes, más aún si les ocasionan la muerte. Las últimas encuestas muestran que el 82% de la población se encuentran a favor de la pena de muerte.<sup>6</sup>

Es lamentable que frente a la proliferación de violaciones de niños y adolescentes indefensos, juristas y defensores de los derechos humanos, desoyendo el clamor de la sociedad, alcen sus voces preocupados ¡porque consideran que restituir la pena de muerte para los violadores significaría renunciar al Pacto de San José de Costa Rica! Es inconcebible que solo reconozcan y se preocupen por los supuestos «derechos humanos» de los violadores, seres abominables, execrables y monstruosos que no merecen vivir. ¿Por qué no se preocupan y defienden los derechos humanos de los niños y adolescentes violados? ¿En qué sociedad vivimos?

---

4 Información publicada en el diario Perú21 del 9 de agosto de 2006 ([www.peru21.com/P21Online/html/2006-08-09/OnP2Portada0555987.html](http://www.peru21.com/P21Online/html/2006-08-09/OnP2Portada0555987.html)).

5 Véase Tejada, Caretas del 1° de agosto de 2006.

6 Encuesta elaborada por APOYO, publicada en el diario «El Comercio» del domingo 13 de agosto de 2006.

El Pacto de San José de Costa Rica fue ratificado por nuestro país el 28 de julio de 1978 durante la vigencia de la Constitución de 1933 que permitía la aplicación de la pena de muerte para todos los casos previstos por Ley. En este contexto, se expidieron normas que sancionaban la violación de menores con la pena capital. Así encontramos la Ley N° 12341 que modificó el artículo 229 del Código Penal imponiendo la pena de muerte para quienes caso de rapto ocasionaran lesiones al menor y como consecuencia de ello falleciera. Por su parte, el Decreto Ley N° 17388, impuso la pena de muerte para quienes rapten y atenten contra el honor sexual de menores de 7 años. Igualmente, el Decreto Ley N° 18968 que modificó los artículos 151 y 152 del Código Penal, estableció la pena capital para los casos de traición a la patria, homicidio como consecuencia de rapto y sustracción de menores.

Finalmente, el Decreto Ley N° 20583 del 9 de abril de 1974 implantó la pena de muerte para quienes hicieran sufrir el acto sexual o análogo a un menor de 7 años de edad.

Por su parte, las Cartas Magnas de 1979 y 1993 restringieron la aplicación de la pena capital para los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior (1979) y para terrorismo (1993), eliminando cualquier otro supuesto. Lógicamente, los constituyentes de aquel entonces no pudieron ni siquiera imaginar el incremento espeluznante y escalofriante de las violaciones de niños y adolescentes, tal como se conocen el día de hoy. Nos encontramos ante una realidad totalmente distinta donde la violación de menores de edad ha llegado a límites sorprendentes. Como señaló la primera dama Pilar Nore de García en declaraciones en CPN Radio «La violencia sexual se ha convertido en deporte nacional».<sup>7</sup>

La violación sexual contra niños y adolescentes, es uno de los más atroces y graves crímenes que alguien puede cometer ante los ojos de Dios y ante la sociedad. La sociedad no puede permanecer impávida, debemos demostrar la suficiente madurez para enfrentar el desborde de violaciones que se cometen contra menores de edad. Es evidente que nuestra sociedad ha sido excesivamente contemplativa y hemos permitido que las violaciones de niños y adolescentes se hayan incrementado sin hacer nada por contrarrestarlas. No cabe duda, es un delito que debe ser encarado con decisión y firmeza. Por ello, recogiendo el clamor social y su voz de protesta, resulta necesario reimplantar la pena capital como justo y legítimo castigo para los violadores de niños y adolescentes.

La pena de muerte representa un medio con el que cuenta el Estado para preservar la estabilidad social, es un mecanismo de legítima defensa de la sociedad particularmente ante la alarmante proliferación de perversos y depravados violadores de menores de edad e incapaces, seres indefensos que no pueden defenderse de

---

7 Citado en el diario La República del 1 de agosto de 2006.

tan peligrosos y crueles predadores sexuales que comenten sus execrables delitos con premeditación, alevosía y ventaja, sin que medie factor atenuante, pues los niños e incapaces son seres inocentes que no tienen capacidad de defensa ni reacción. Nos encontramos ante criminales incorregibles e irredimibles que delinquirán nuevamente a la primera oportunidad que se les presente y cualquiera de nuestros hijos o hijas podría ser su próxima víctima.

Las normas de derechos humanos no prohíben el empleo de la pena de muerte como sanción por un crimen, promueven su abolición e intentan reducir su aplicación, y de ser el caso proponen ciertos límites como su aplicación a delitos gravísimos. Nos preguntamos, ¿qué delito puede ser más grave que la violación de un niño o adolescente indefenso?

Ante la intención abolicionista de los grupos de derechos humanos que abogan por los derechos del violador, nos preguntamos ¿quiénes abogan y defienden los derechos humanos de los niños y adolescentes víctimas de tan monstruosos crímenes?, ¿Que sucede con los niños y adolescentes violados y con sus familiares?, ¿Quiénes se preocupan por ellos?, ¿Quiénes protegen a los niños y adolescentes violados?, ¿No es una obligación del Estado proteger y garantizar la seguridad de potenciales niños y adolescentes que pueden ser víctimas de los violadores? Los congresistas ¿Para quiénes legislamos?, ¿Para los millones de peruanos y peruanas, según nuestra realidad e idiosincrasia o de espaldas a ellos, según los cánones que imponga la comunidad internacional?, ¿Podemos decirles a los niños y adolescentes violados que perdonen al violador pues les llegará la justicia divina?

Resulta paradójico que los juristas y defensores de los derechos humanos defiendan a los violadores de niños y adolescentes so pretexto de la existencia de tratados internacionales sobre derechos humanos, pero ¿quién defiende los derechos humanos de los niños y adolescentes violados? ¿No es una de las principales responsabilidades de la sociedad y del Estado?

La realidad actual y lo que nos espera en el futuro como sociedad es desconcertante. Debemos decirles a nuestros hijos que la próxima generación de violadores provendrá de esta generación o por el contrario debemos actuar apropiadamente para atacar el problema de raíz y asegurarles un mañana mejor.

En suma, estos depravados violadores de niños y adolescentes no merecen vivir. La pena capital se convierte en justa y necesaria y constituye un medio de legítima defensa para la sociedad que la utiliza como un medio de conservación. La pena de muerte se aplicará a estos mal nacidos violadores de menores, sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos que aún estando en prisión resulta en vano intentar corregir. El tema no es si la pena capital es disuasiva o no. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores. **Si** más adelante es disuasiva, en buena hora.

## **Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional**

Al aprobarse la iniciativa se modificaría el artículo 140° de la Constitución Política del Perú y se ampliaría la aplicación de la pena de muerte a los delitos de violación de la libertad sexual contra menores de nueve años y de discapacitados físicos y mentales, así como de mayores de nueve y menores de dieciocho años siempre que se cause la muerte de la víctima

En concordancia, y en consecuencia, el Poder Ejecutivo luego de promulgar la ley, deberá proponer al Congreso de la República la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobada por Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978, ratificada por instrumento del 12 de julio de 1978, depositado el 28 julio de 1978, vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978.

La denuncia deberá efectuarla al amparo de lo dispuesto en el artículo 78 del Pacto que prescribe que los Estados Partes pueden denunciar la Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. En todo caso, la denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado de las obligaciones contenidas en la Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido con anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

### **Análisis Costo - Beneficio**

El empleo de la pena de muerte en casos justificados es una manera de proteger la vida de los cientos de miles de niños, niñas y adolescentes en la medida que cualquiera de ellos es una potencial víctima, inclusive alguno de nuestros propios hijos. Es el justo castigo que la sociedad impone a monstruos depravados que actúan con alevosía y premeditación abusando de seres inocentes e indefensos.

Nos encontramos ante seres que son irrecuperables e irredimibles a! estar desprovistos de todo sentido moral al demostrar su total menosprecio por la vida, por lo que resulta en vano cualquier tipo de rehabilitación.

La pena de muerte tiene carácter definitivo frente a un sujeto incorregible que posee un elevado potencial delictivo. Su aplicación solo corresponderá al Estado, a través de las instancias competentes, después de haber seguido contra el delincuente un procedimiento imparcial, rodeado de todas las garantías de un debido proceso, durante el cual podrá ejercer plenamente su derecho de defensa, agotando todos los recursos legales que la ley le franquea para demostrar su inocencia. No se producirán errores

judiciales, máxime con las pruebas científicas —como por ejemplo el ADN— que resultan irrefutables o la existencia de testigos presenciales que sumados al testimonio de la víctima e incluso a la confesión del violador acreditarán la culpabilidad del violador procesado. A diferencia de la víctima que por el accionar agresivo, injusto y violento del delincuente no tuvo la oportunidad de defenderse, máxime si se trate de menores de edad o discapacitados. Incluso, conforme al numeral 21 del artículo 118 de la Constitución de 1993, el Presidente de la República podrá concederle al condenado la conmutación de la pena.

El tema no es que la pena de muerte sea o no disuasiva. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores. Si más adelante es disuasiva, en buena hora. Los violadores son delincuentes que jamás van a reinsertarse en la sociedad, son predadores en busca de su presa: niños y niñas, adolescentes o discapacitados indefensos.

En consecuencia, al ser imposible rehabilitar a los violadores, el mantenerlos de por vida en n establecimiento penitenciario, el darles tratamiento psiquiátrico y un trato humano y digno, es un mayor costo que beneficio para el Estado.

Pensar en la castración química además de ser sumamente onerosa teniendo en cuenta que el costo de los medicamentos que deberían ser aplicados de por vida a los condenados oscila entre 150 y 200 dólares americanos mensuales, bastaría que se deje de aplicar la droga para que los depravados instintos sexuales vuelvan a surgir. Por su parte, la castración quirúrgica tampoco es la solución, pues el problema de los violadores se encuentra en el cerebro y no en los órganos sexuales<sup>8</sup> de allí que pueden saciar sus bajos los cánones que imponga la comunidad internacional?, ¿Podemos decirles a los niños y adolescentes violados que perdonen al violador pues les llegará la justicia divina?

Resulta paradójico que los juristas y defensores de los derechos humanos defiendan a los violadores de niños y adolescentes so pretexto de la existencia de tratados internacionales sobre derechos humanos, pero ¿quién defiende los derechos humanos de los niños y adolescentes violados? ¿No es una de las principales responsabilidades de la sociedad y del Estado?

La realidad actual y lo que nos espera en el futuro como sociedad es desconcertante. Debemos decirles a nuestros hijos que la próxima generación de violadores provendrá de esta generación o por el contrario debemos actuar apropiadamente para atacar el problema de raíz y asegurarles un mañana mejor.

En suma, estos depravados violadores de niños y adolescentes no merecen vivir. La pena capital se convierte en justa y necesaria y constituye un medio de legítima defensa para la sociedad que la utiliza como un medio de conservación.

---

8 Véase Tejada en *Caretas* del 10 de agosto de 2006.

La pena de muerte se aplicará a estos mal nacidos violadores de menores, sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos que aún estando en prisión resulta en vano intentar corregir. El tema no es si la pena capital es disuasiva o no. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores. Si más adelante es disuasiva, en buena hora.

Definitivamente, si bien la propuesta legislativa no resulta agradable tanto por el tema de la violación como por la aplicación de la pena de muerte, esta ya fue presentada, continuará su proceso y la decisión final de su aprobación corresponderá al Pleno del Congreso. *No obstante, resulta vital, indispensable e impostergable iniciar una campaña educativa de carácter racional, didáctica, clara y directa, donde el apoyo de los medios de comunicación es fundamental.*

El principal público de esta campaña educativa son los niños, las niñas y adolescentes, potenciales víctimas de una violación, a quienes con un lenguaje adecuado que pueda ser entendido por ellos debemos enseñarles, con mensajes claros, que nunca deben acercarse a extraños y si los coge algún extraño indicarles que deben gritar, que nadie puede tocar su cuerpo sin el permiso de su mamá, denunciar a quienes con engaños quieren acercarse a ellos, enamorarlos, etc. Debemos apelar a lo más profundo del corazón de los padres, los vecinos y maestros, quienes tienen el deber y la obligación de prevenir y alertar, en términos claros, a los niños, las niñas y adolescentes sobre estos peligros.

Esto es fundamental porque la experiencia demuestra que los niños alertados sobre la posibilidad de ser atacados sexualmente están mejor preparados para protegerse de ello que los que no son conscientes de dicho peligro. Además, tendrán más probabilidades de revelar un incidente que los niños que solo reconocen vagamente lo que les ha ocurrido.

A ello se suma, la obligación de los padres de crear un ambiente adecuado que permita a los niños comunicarse y discutir con ellos cualquier situación que les incomode, y de revelar cualquier ataque sexual que hayan podido sufrir. Los adultos nunca debemos quitarle importancia a las palabras de un niño. Se ha de romper la barrera de silencio que rodea a este delito porque únicamente cuando se es consciente de la gravedad del problema y de sus consecuencias, disminuirán los sentimientos de culpabilidad y vergüenza que suelen experimentar los niños, niñas y adolescentes víctimas de una violación o de cualquier tipo de abuso sexual.

Ninguna persona, en especial los padres, pueden convertirse en cómplices del violador y si lo son deben ser drásticamente sancionados. *Nada más repudiable que el silencio. Los padres, particularmente las madres, que conocen que sus niños, niñas o adolescentes han sido víctimas o son víctimas de violación sexual o cualquier tipo de abuso sexual, tienen la obligación y el deber —moral, legal y social— de denunciarlo.* Se debe tomar conciencia que al denunciar la violación de un menor se

abre la posibilidad de proteger al niño, a la niña o adolescente violado, evitar que el violador viole al menor en reiteradas oportunidades e incluso que ese depravado atente contra otro niño, niña o adolescente que quizás pueda ser su hijo.

Finalmente, es necesario que los magistrados apliquen efectivamente las penas máximas previstas por la legislación penal para estos abominables delitos y que, en aquellos casos donde la pena impuesta sospechosamente sea la mínima, *resulta necesario que los órganos de control del Poder Judicial revisen dicha resolución ejerciendo un real y verdadero control.*

### **Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional**

Al aprobarse la iniciativa se modificaría el artículo 140° de la Constitución Política del Perú y se ampliaría la aplicación de la pena de muerte a los delitos de violación de la libertad sexual contra menores de nueve años y de discapacitados físicos y mentales, así como de mayores de nueve y menores de dieciocho años siempre que se cause la muerte de la víctima.

En concordancia, y en consecuencia, el Poder Ejecutivo luego de promulgar la ley, deberá proponer al Congreso de la República la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobada por Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978, ratificada por instrumento del 12 de julio de 1978, depositado el 28 de julio de 1978, vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978.

La denuncia deberá efectuarla al amparo de lo dispuesto en el artículo 78 del Pacto que prescribe que los Estados Partes pueden denunciar la Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. En todo caso, la denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado de las obligaciones contenidas en la Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido con anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

### **Análisis Costo-Beneficio**

El empleo de la pena de muerte en casos justificados es una manera de proteger la vida de los cientos de miles de niños, niñas y adolescentes en la medida que cualquiera de ellos es una potencial víctima, inclusive alguno de nuestros propios hijos. Es el justo castigo que la sociedad impone a monstruos depravados que actúan con alevosía y premeditación abusando de seres inocentes e indefensos.

Nos encontramos ante seres que son irrecuperables e irredimibles al estar desprovistos de todo sentido moral al demostrar su total menosprecio por la vida, por lo que resulta en vano cualquier tipo de rehabilitación.

La pena de muerte tiene carácter definitivo frente a un sujeto incorregible que posee un elevado potencial delictivo. Su aplicación solo corresponderá al Estado, a través de las instancias competentes, después de haber seguido contra el delincuente un procedimiento imparcial, rodeado de todas las garantías de un debido proceso, durante el cual podrá ejercer plenamente su derecho de defensa, agotando todos los recursos legales que la ley le tranquea para demostrar su inocencia. No se producirán errores judiciales, máxime con las pruebas científicas —como por ejemplo el ADN— que resultan irrefutables o la existencia de testigos presenciales que sumados al testimonio de la víctima e incluso a la confesión del violador acreditarán la culpabilidad del violador procesado. A diferencia de la víctima que por el accionar agresivo, injusto y violento del delincuente no tuvo la oportunidad de defenderse, máxime si se trate de menores de edad o discapacitados. Incluso, conforme al numeral 21 del artículo 118 de la Constitución de 1993, el Presidente de la República podrá concederle al condenado la conmutación de la pena.

El tema no es que la pena de muerte sea o no disuasiva. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores. Si más adelante es disuasiva, en buena hora. Los violadores son delincuentes que jamás van a reinsertarse en la sociedad, son predadores en busca de su presa: niños y niñas, adolescentes o discapacitados indefensos.

En consecuencia, al ser imposible rehabilitar a los violadores, el mantenerlos de por vida en un establecimiento penitenciario, el darles tratamiento psiquiátrico y un trato humano y digno, es un mayor costo que beneficio para el Estado.

Pensar en la castración química además de ser sumamente onerosa teniendo en cuenta que el costo de los medicamentos que deberían ser aplicados de por vida a los condenados oscila entre 150 y 200 dólares americanos mensuales, bastaría que se deje de aplicar la droga para que los depravados instintos sexuales vuelvan a surgir. Por su parte, la castración quirúrgica tampoco es la solución, pues el problema de los violadores se encuentra en el cerebro y no en los órganos sexuales<sup>9</sup> de allí que pueden saciar sus bajos instintos sexuales con la introducción de los dedos o con objetos tales como botellas, palos, tubos o cualquier otro objeto. Por ello, ambas propuestas resultan totalmente inviables.

POR LO EXPUESTO solicito tomar una posición en la defensa de los derechos humanos de los niños violados y que la discusión en el Pleno del Congreso de la República pueda permitir llegar con tranquilidad a un consenso. Que sea lo que Dios quiera.

---

9 Véase Tejada en *Caretas* del 10 de agosto de 2006.

## BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA DURÁN, Rodrigo

2000 «La doctrina de la pena de muerte. De la ideología a la ética social», in *Revista Communio*, Santiago, Chile. N° 3, 2000. p. 127 ss.

ALBRECHT, Peter-Alexis

2005 «'Krieg gegen den Terror' — Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht», en: *ZStW 117*, p. 852 ss.

ANCEL, Marc

1962 La peine de mort dans les pays européens, 8 (1962).

1971 *La défense sociale nouvelle*, 2a ed. Edition Cujas, París.

ANTÓN Oneca, José

1986 *Derecho Penal*, 2ª ed., anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, ed. Akal, Madrid, (1ª ed. Reus, Madrid, 1949).

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

1990 Le domaine réservé: l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne, RCADI, tome 225, p. 484 ss.

ARENAL, Concepción

1896 «El reo, el pueblo y el verdugo, o la ejecución pública de la pena de muerte», (1867), en *Obras Completas*, tomo XII, ed. Librería de Victoriano Suárez, Madrid.

ARROYO Zapatero

1982 «La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña, en Estudios penales». *Libro Homenaje al prof. J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 11 ss.

ARTZ, Günther

1976 *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, ed. Mohr, Tübingen.

BACIGALUPO, Enrique

1990 *Principio de derecho penal*, parte general, 2° ed.

BANNER, Stuart

2002 La peine de mort: une histoire américaine, 6 (2002).

BARATA, Francesco

1995 «Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana», en Muñagorria Laguía, Ignacio (ed.), *La protección de la seguridad ciudadana*, ed. The International Institute for the Sociology of Law, Oñate, p. 83 ss.

2000c *La insostenible situación del derecho penal*, Area de derecho penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed.) Comares, Granada.

BARBERO SANTOS, Marino

1964 *La pena de muerte, problema actual*, Universidad de Murcia, Murcia.

1972a «La pena de muerte problema actual», en BARBERO SANTOS, Marino, *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, p. 141 ss.

1972b *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid,

1978 «La pena de muerte en el Derecho histórico y actual», en VV.AA., *La pena de muerte, seis respuestas*, 2ª ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, (1ª, Madrid, 1975), p. 17 ss.

1985 *Pena de muerte. (El ocaso de un mito)*. Depalma, Buenos Aires.

BARKER, Vanesa

2006 «The politics of punishing. Building a state governance theory of American imprisonment variation», en *Punishment and Society*, vol. 8 (1), p. 5 ss.

BARNES, Harry Elmer

1966 «El caso Chessman: ejemplo clásico de negación de justicia», en *Estudios de derecho penal y Criminología*, tomo III, ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, p. 91 ss.

BASADRE, Jorge

1968 Historia de la República del Perú, T. I a XIV.

BECCARIA, Cesare

1982 *De los delitos y de las penas*, traducción de José Antonio de las Casas, con introducción, apéndice y notas de Juan Antonio Delval, moderna edición, ed. Alianza, Madrid.

BECKETT, Katherine

1994 «Setting the public agenda: Street crime and drug use in American politics», en *Social Problems*, vol. 41, p. 425 ss.

1997 *Making crime pay: Law and order in contemporary American politics*, ed. Oxford University Press, New York.

BECKETT, Catherine / SASSON, Theodore

2004 *The politics of injustice. Crime and punishment in America*, ed. Sage, Thousand Oaks.

BENZIMRA-HAZAN, Jérôme

2001 «L'affaire Ocalan devant la Cour européenne des droits de l'Homme, garanties du procès et peine de mort», *Droits fondamentaux*, vol. 1, : www.revue-df.org.

BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio

1999 *Lecciones de derecho penal*, parte general, ed. Praxis, Barcelona.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio

1966 *Ecumenismo histórico en derecho penal. La pena retribución en los teólogos renacentistas*, ed. Reus, Madrid.

1978 «El catolicismo ante la pena de muerte», en VV.AA., *La pena de muerte, seis respuestas*, 2ª ed., ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 161 ss.

BINDER, Alberto

2004 *Introducción al derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN

2003 *Informe Final*, Tomo I, Lima.

BLAKE, Hug

1960 *Caryl Chessman. Un hombre contra la muerte. Su vida, sus delitos, sus procesos*, traducción de Rafael Manzano, ed. Cedro, Barcelona.

BLOCHE MICHEL, Jean

1957 «La peine de mort en France», en *Réflexions sur la peine Capital*, A. KOESTLER, A. CAMUS y J. BLOCHE-MICHEL, Calmann-Levy, París.

BOBBIO, Norberto

2001 «Las razones del abolicionismo», en *La Vanguardia*, 26-8-01, Barcelona.

BOCKELMANN, Paul

1962 «Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe», en el anexo *Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten*. Piper & Co. Verlag, München, p. 139 ss.

1968 *Für und wider die Todesstrafe*, en *Pena de morte*, Coloquio internacional conmemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. 4 vols. Coimbra, T. I, p. 53 ss.

BOSSUYT, Marc

1987 Guide to the travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights, Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster.

BOTTOMS, Anthony

1995 «The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en VV.AA., (Clarkson, C.M: and Morgan, R. eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, ed. Clarendon Press, Oxford.

BOURDON, William/DUVERGER, Emmanuelle

2000 La Cour pénale internationale, Le Seuil, Paris.

BOWERS, William J.

1974 *Exécutions en Amérique*, tbl. 6 1-1 (1974).

BRANDARIZ GARCÍA, José Angel

2007 Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación.

BROWN, Elizabeth K.

2006 «The dog that did not bark. Punitive social views and the profesional middle classes», en *Punishment and Society*, vol. 8, p. 287 ss.

BUSTOS RAMIREZ, Juan

2004 *Obras Completas*, T. I. Lima.

BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

1997 Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de determinación de la pena, T. I, Madrid.

CAMARERO, Julio

1960 *Yo hablé con Chessman*, ed. Testimonio, Madrid.

CAMUS, Albert

1960 «Reflexiones sobre la guillotina», en CAMUS, Albert/KOESTLER, Arthur, *La pena de muerte*. Traducción de Manuel Peyrou e Introducción de Jean Bloch-Michel. Emecé Editores, Buenos Aires, p. 130 ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel

2002a «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la L.O. 7/2000», en *Jueces para la Democracia*, nº 44, julio, p. 19 ss.

2000 «Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito», en: Jakobs/Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, p. 122 ss. (cit.: Cancio Meliá, en Jakobs/Cancio Meliá, Conferencias).

- 2001 Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, 2ª ed.
- 2002 «Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en derecho penal peruano. Algunas consideraciones de política criminal y de Derecho comparado», en: *RPCP* n° 11 (2002), p. 175 ss.
- 2003 «[De nuevo:] ¿'derecho penal' del enemigo?», en: Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 1ª ed., p. 57 ss.; 2ª ed. [2006], p. 85 ss.
- 2005 «Feind'strafrecht?», en: *ZStW* 117 (2005), p. 267 ss.

CANEPA, Giacomo

- 1987 «Considérations criminologiques sur le problème de la peine de mort», en *Revue Internationale de Droit pénal*, 58e année-nouvelle série, 3e et 4e trimestres, (La peine de mort), p. 351 ss.

CARNEVALE

- 1890 *La cuestión de la pena de muerte*. La España Moderna, Madrid.

Caro, John

- 2007 *Pena de muerte: una practica estatal ilegitima y anticuada para nuestro tiempo* en <http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/CaroJohn-penamuerte.pdf> (citado 7 de febrero 2007).

CARRARA, Francesco

- 1957 *Programa de Derecho criminal. Parte general*, tomo II, moderna edición, ed. Temis, Bogotá.
- 1993 *Programma del corso di diritto criminale*. Del delitto, della pena. Il Mulino, Bologna.

CARROL, Joseph

- «Who supports the death penalty? The Gallup Organization», en [www.death-penaltyinfo.org](http://www.death-penaltyinfo.org).

CASABÓ RUÍZ, José Ramón

- 1972 «Comentario al artículo 27 del Código penal», en Córdoba Roda, Juan; Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Del Toro Marzal, Alejandro y Casabó Ruiz, José Ramón, *Comentarios al Código penal*, tomo II, ed. Ariel, Barcelona, (reimpresión 1976), p. 100 ss.

CASTANEDO, Francisco

- 1960 *Chessman y su angustia*, ed. Timón, Madrid.

CATTANEO, M. A.

- 1983 *Morale e politica nel dibattito dell'Illuminismo*, en el volumen colectivo *La pena di morte nel mondo*. Convegno internazionale di Bologna (28-30 ottobre 1982). Marietti, Casale Monferrato, p. 15 ss.

CEREZO MIR, José

1972 «Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III, p. 763 ss.

CESARONI, Carla/DOOB, Anthony

2003 «The decline in support for penal welfarism: Evidence of support among the elite for punitive segregation», en *British Journal of Criminology*, vol. 43, p. 434 ss.

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN

2003 *Informe Final*, Tomo I, Lima.

CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE

1994 *Catecismo de la Iglesia Católica* para la preservación del bien común de la sociedad, Santiago de Chile.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

1998 *Directivas de la política europea Sobre la pena de muerte en relación con otros países*, 3 junio de 1998, disponibles en <http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/Guidelines.htm>.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1982 Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de setiembre de 1982. «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Perú.

1983 Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de setiembre de 1983. Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

1994 Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

1983 Opinión Consultiva OC-03/83: Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

COTLER, Julio

1978 *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

CUELLO CALÓN, Eugenio

1920 *Penología*, ed. Reus, Madrid.

1929 *El nuevo Código penal español* (exposición y comentario), tomo I, ed. Bosch, Barcelona.

1958 *La moderna penología*, ed. Bosch, Barcelona, (existe reimpresión, misma editorial, 1974).

- 1981 *Derecho Penal* —Parte General—, tomo I, vol. II, 18 edición revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, ed. Bosch, Barcelona.
- CULLEN, Francis/FISHER, Bonnie S./APPLEGATE, Brandon K.  
2000 «Public opinion about punishment and corrections», en VV.AA. (Michael Tonry ed.), *Crime and justice: A review of research*, ed. Chicago University Press, Chicago, p. 1 ss.
- CULLEN, Francis/PEALER, Jennifer A./FISHER, Bonnie S./APPLEGATE, Brandon K./SANTANA, Shannon A.  
2002 «Public support for correctional rehabilitation in America: Change or consistency», en VV.AA. (Julian Roberts and Mike Hough eds.), *Changing attitudes to punishment: Public opinion, crime and justice*, ed. Willan, Cullompton, p. 163 ss.
- CURRIE, Elliott  
1998 *Crime and punishment in America*, ed. Henry Hillt & Comany, New York.
- CHANET, Christine  
1998 «Le Comité des droits de l'Homme et la peine de mort», in Emmanuel Decaux (dir.), *Droit international et droit français, contentieux des droits de l'Homme*, ENM.
- CHERMAK, Steven M.  
1995 *Victims in the news: Crime and the American news media*, ed. Westview Press, Boulder.
- CHESSMAN, Caryl  
1954 *Celda 2.445, pabellón de la muerte*, traducción de Luis Andrés Frutos, ed. Unión de Editores Latinos, Buenos Aires.  
1958 *El mito de la justicia*, traducción de Vicente de Artadi, ed. Unión de Editores Latinos, Buenos Aires.
- CHIRICOS, Ted  
1998 «The media, moral panics and the politics of crime control», en VV.AA. (G. Colen and M. Gertz eds.), *The criminal justice system: Politics and policies*, ed. Wadsworth, Belmont (California), p. 58 ss.
- DE CASTRO, Alfonso  
1931 *De potestate legis poenali*. Cf. La fuerza de la ley penal. Ed. Nogués. T. I, II, III. Murcia. 1931, 1932, 1933.
- DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo  
1973 *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1890; Del Rosal, Juan, *4 Penas de muerte*, 4, tomo I, (Teoría), ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid.

DE JOUKOROWSKI, J.

1901 *Le crime comme peine. La peine comme crime. Analyse du roman du comte Leon Tolstoy Résurrection lu à l'assemblée des avocats de Kiew, Paris.*

DE LARDIZABAL y URIBE, Manuel

1782 *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma, Imprenta de J. Ibarra, Madrid.*

DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo

1928 *Proyecto de un Código Penal*, Hiram Tupper ed., Boston.  
de la Corte Ibañez, Luis

2006 *La lógica del terrorismo*. Alianza Editorial. Madrid.

DEL ROSAL, Juan

1973 *4 Penas de muerte*, 4. Teoría. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

DEMLEITNER, Nora V.

2002 *La peine de mort aux Estados Unidos: Suivre le modèle européen?* 81 OR. L. REV. 131, 138.

DENCKER, Frieder

1987 «Das Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus», en: StV 3/1987, p. 117 ss.

DENNINGER, Erhard

1990 en: *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis

2001 «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Actualidad penal*, n° 1, enero, p. 3 ss.

DOBLE, John

2002 «Attitudes to punishment in the US — punitive and liberal opinions», en VV.AA. (Julian Roberts and Mike Hough eds.), *Changing attitudes to punishment: Public opinion, crime and justice*, ed. Willan, Cullompton, p. 148 ss.

DONNELLY, Alan J.

1998 Carta al Presidente de la Delegación americana para las relaciones con el Parlamento europeo, a George Bush, gobernador de Texas (25 junio de 1998), <http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/EPDonBush.htm>, (consultado el 11 abril de 2006).

DORADO MONTERO, Pedro

1902 *Bases para un nuevo derecho penal*, ed. Manuel Soler, Barcelona.

DREHER, Eduard

1958 Für und wider die Todesstrafe, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, De Gruyter, Berlin-New York, t. 70, p. 543-563.

DUBBER, Markus Dirk

2003 «La víctima en el derecho penal estadounidense: una sinopsis introductoria», en: Reyna Alfaro (coord.), *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*, p. 13 ss.

DUGARD, John/VAN DEN WYNGAERT, Christine

1998 Reconciling Extradition whit Human Rights, *AJIL*, 1998: 187 ss.

DÜX, Heinz

2003 «Globale Sicherheitsinteressen und weltweite Erosion von Grundrechten. Statt 'Feindstrafrecht' globaler Ausbau demokratischer Rechte», en: *ZRP2003*, p. 189 ss.

ELLERO, Pietro

1907 *Sobre la pena de muerte*, con un prólogo de José Canalejas, traducida del italiano por Antonio Gómez Tortosa, Imprenta de Domingo Blanco, Madrid.

ESLAVA GALÁN, Juan

1991 *Verdugos y torturadores*, ed. Temas de Hoy S.A., Madrid.

ENGISCH, Karl

*Todesstrafe-Ja oder nein?*, en *Pena de morte. Coloquio internacional conmemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal*. 4 vols. Coimbra, 1968, t. II, p. 273 a 308.

ENZENSBERGER, Hans Magnus

2001 en Hoffmann, von Hilmar/Schoeller, Winfried F. (Edts.): *Wendepunkt 11. September 2001. Terror, Islam und Demokratie*. Köln, p. 116 ss.

ESPINO PEREZ, Julio

1974 *Código Penal*, Editorial Jurídica, Lima.

FARALDO CABANA, Patricia

2004 «Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en VV.AA.(dir. Patricia Faraldo), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 299 ss.

FOUCAULT, Michel

1975 *Surveiller et punir*. Naissance de la prison. Gallimard, Paris.

FAVOREU, Louis

1985 La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au protocole n° 6 additionnel à la Convention Européenne des droits de l'homme, A.F.D.I. 1985, p. 868 ss.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan

1989 *Derecho penal fundamental*, introducción, teoría del delito; t. II, Temis Bogota.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores E.

1993 La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla. México.

FERRAJOLI, Luigi

1995 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, ed. Trotta, Valladolid.

FLANAGAN, Timothy

1997 «Public opinion on crime and justice: History, development and trends», en VV.AA. (Timothy Flanagan and Dennis R. Longmire eds.), *Americans view crime and justice: A national public opinion survey*, ed. Sage, Thousand Oaks, p. 1 ss.

FLORES GALINDO, Alberto

1979 El militarismo y la dominación británica, en Nueva Historia General del Perú, Industrial Gráfica, Lima.

FORST, Martin

1999 «The Abolition of the Death Penalty in France», en VV.AA., *The Death Penalty Abolition in Europe*, ed. Council of Europe Publishing, Strasbourg, p. 109 ss.

FOUCAULT, Michel

1989 *Vigilar y castigar*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 17 edición.

GARAPON, Antoine

1997 *Juez y democracia*, ed. Flor del viento, Barcelona.

GARCÍA CAVERO, Percy

2005 «La proporcionalidad de las penas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano». *Revista Peruana de Derecho Público*, 11, p. 153 ss.

2007 ¿Otra vez pena de muerte? en [http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte\\_percy.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte_percy.pdf) (consultado el 7 de febrero 2007).

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio

2000 derecho penal. Introducción. Madrid.

GARCÍA VALDÉS, Carlos

1975 *No a la pena de muerte*, ed. Cuadernos para el diálogo, Madrid.

GARLAND, David

2000 «The culture of high crime societies: Some preconditions of recent law and order policies», en *British Journal of Criminology*, vol. 40, p. 347 ss.

2001 *The Culture of Control. Crime and social order in contemporary society*, ed. The University of Chicago Press, Chicago & Oxford.

GARÓFALO, Raffaele

s.f. *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, con un apéndice sobre los términos del problema penal por Luis Carelli, traducción de Pedro Dorado Montero, ed. La España Moderna, Madrid.

1933 «Ancora sulla pena capitale», en *La Scuola Positiva. Rivista di Diritto e procedura penale*. Vallardi, Milano, Nuova serie, vol. XIII, p. 481 ss.

GERBER, Rudolph J.

1996 *La mort ne vaut pas la peine*, 28 ARIZ. ST. L.J. p. 335, 336 (1996).

GOLDENWEISER, Alexander

1906 *El crimen como pena. La pena como crimen*, traducción al castellano de María Luisa Martínez Reus, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis

2003 «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Xuridica Galega*, nº 38, p. 13 ss.

GOODMAN, Ryan/JINKS, Derek

2004 How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law, in *Duke Law Journal*, 621 ss.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

1971 «Contra la pena de muerte», en *Triunfo*, año XXV, nº 451, 23, p. 32 ss. (luego recogido en *Estudios de derecho penal*, ed. Civitas, 2ª ed., Madrid 1981, primera edición, p. 27 ss.)

1976 *Estudios de derecho penal*, ed. Civitas, 2ª ed., Madrid

GRACIA MARTÍN, Luis

2002 «¿Qué es la modernización del derecho penal?», en VV.AA., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, p. 352 ss.

GUALLART Y LÓPEZ GOICOECHEA, José

1958 *La teología penal de Santo Tomás de Aquino*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza.

GUILLAUME Gilbert/ IMBERT, Pierre-Henri

1999 «Sur les règles de dénonciation du Protocole no 6», in Louis-Edmond PETTITI/ Emmanuel DECAUX/Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Economica, Paris, (2e éd), p. 1230 ss.

GUZMÁN, Dálbora

1989 *La pena de muerte en la Filosofía jurídica y en los Derechos penal militar e internacional penal*. En derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid.

HASSEMER, Winfried

1990 Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2ª ed.

HASSEMER, Winfried/GÜNTHER, Klaus/NAUCKE, Wolfgang/LÜDERSSEN, Klaus y otros

2000 *La insostenible situación del derecho penal*. Traducción de la área del derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada: Comares, 2000. Obra colectiva del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt.

HERNÁNDEZ CASTANEDO, Francisco

1960 *Chessman y su angustia*, ed. Timón, Madrid.

HOFFMANN, von Hilmar/SCHOELLER, Winfried F. (Edts.).

2001 Wendepunkt 11. September 2001. *Terror, Islam und Demokratie*. Köln, pp. 116 ss.

HONGJU KOH, Harold

2002 Une politique de droits de l'homme des Estados Unidos pour le 21<sup>ème</sup> siècle, U.L.J. 293, 294 de 46 St Louis (2002).

HOOD, Roger

1989 *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, Clarendon Press, Oxford.

1999 Introduction à la Peine de mort: L'abolition en Europe, en Tanja Kleinsorge/Barbara Zatlökal (ed.).

HURTADO POZO, José

1979 *La ley importada - Recepción del derecho penal en el Perú*, Industrial Gráfica S. A., Lima.

«Debate sobre la pena de muerte en el Perú y ahorcamiento de Saddam Hussein», en: [http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte\\_jhp.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf).

*Pena de muerte y mala memoria*: [http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte\\_jhp.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf).

2002 *Droit pénal. Partie Générale II*, Schulthess, Zurich.

IGLESIA CATÓLICA

1997 *Catecismo de la Iglesia Católica*, promulgado por el Papa Juan Pablo II en 1992, con las aclaraciones incluidas en la edición de 1997.

JACOBS, David/HELMS, Ronald

2001 «Toward a political sociology of punishment: Politics and changes in the incarceration population», en *Social Science Research*, vol. 30, p. 171 ss.

JAKOBS, Günther

- 1985 «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», en: ZStW 97 (1985), p. 751 ss.
- 1997 *Estudios de derecho penal*, ed. Civitas, Madrid.
- 1999 «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 20, p. 119 ss.
- 2002 La Idea de la Normativización en la Dogmática Jurídico Penal, trad, Manuel Cancio Meliá. Sobre el Concepto de Delito Contra la Persona, trad. Bernardo Feijóo Sánchez. Sobre los Grados de la Incumbencia. Reflexiones Sobre el Origen y la Importancia de los Deberes de Actuación y de Permision, trad. Bernardo Feijóo Sánchez, México, Barra Nacional de Abogados, A. C.
- 2003 Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y permision, (trad. Feijoo), Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal (RPDJP) 4, p. 194 ss.
- 2004a «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en: HRRS 3/2004.
- 2004b Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, p. 40 ss.
- 2005 *Terroristen als Personen im Recht?*, in ZStW 117 (2005), p. 839 ss.
- 2006 «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, 2006, p. 93 ss.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel

- 2003 *Derecho penal del enemigo*, ed. Civitas, Madrid.
- 2000 Conferencias sobre temas penales, Santa Fe.

JEROUSCHECK, Günter

- 2000 «Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive», en *Juristenzeitung*, p. 185 ss.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas

- 2002 *Tratado de derecho penal*. Parte General, 5ª ed., Comares, Granada.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis

- 1958 *Tratado de derecho penal*, 1, Editorial Lozada, Buenos Aires.
- 1966 «La pena de muerte», en *El Criminalista*, 2ª serie, vol. VII, ed. Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, p. 179 a 183.
- 1966 «Chessman: un homicidio judicial», en *El Criminalista*, 2ª serie, tomo VII, ed. Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, p. 187 ss.

JUAN PABLO II

- 1997 *Catecismo de la Iglesia Católica*. 1992, con las aclaraciones incluidas en la edición de 1997.

KARGL, Walter

2000 «Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena», en *La insostenible situación del derecho penal*. Comares. Madrid.

KAUFMANN, A.

1962 *Todesstrafe, en Staatslexicon*. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft. Herder, Freiburg, 6ª ed., t. VII, cfr. p. 1002-1007.

KELLER, Dieter

1968 *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*. Walter de Gruyter & Co., Berlin.

KOESTLER, Arthur

1957 «Réflexions sur la potence», en *Réflexions sur la peine capitale*, A. Koestler, A. Camus y J. Bloche-Michel, Calmann-Levy, Paris.

KOVACS, Peter

2000 in Hervé Ascensio/Emmanuel Decaux/Alain Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, p. 843 ss.

KRÜGER, Hans Christian

1999 Protocole n° 6 à la Convention européenne sur des droits de l'homme, dans La peine de mort: Abolition en Europe, p. 69 ss.

KURY, Helmut/BRANDESTEIN, Martin

2006 «Sobre la cuestión de una nueva punitividad. Actitudes sancionadoras y política sancionadora», en VV.AA. (Dir. Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni), *derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, ed. Dykinson, Madrid, p. 369 ss.

KURY, Helmut/LICHTBLAU, Andrea/NEUMAIER, André

2004 «Was messen wir, wenn wir Kriminalitätsfürcht messen?», en *Kriminalistik*, band 58, p. 457 ss.

KURY, Helmut/LICHTBLAU, Andrea/NEUMAIER, André /OBERGFELL-FUCHS, Joachim

2004 «Zur Validität der Erfassung von Kriminalitätsfürcht», en *Soziale Probleme*, vol. 15, p. 141 ss.

2005 «Kriminalitätsfürcht. Zu den Problemen ihrer Erfassung», en *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie*, band 4, p. 3 ss.

KURY, Helmut/WOESSNER, Gunda/LICHTBLAU, Andrea/NEUMAIER, André

2004 «Fear of crime as background of penal policies?», en VV.AA. (G. Mersko, M. Pagon and B. Dovovsek eds.), *Dilemmas of contemporary criminal justice. Policing in Central and Eastern Europe*, ed. Koda Press, Maribor, p. 126 ss.

KOH, Harold Hongju

2002 Une politique de droits de l'homme des Etats-Unis pour le 21<sup>ème</sup> siècle, U. L.J., en 46 St Louis, p. 293 ss.

LANDECHO VELASCO, Carlos María

1970 «Reflexión criminológica sobre la pena de muerte», en *Razón y Fe*, nº 875, diciembre, edición separata, p. 1 ss.

LAQUEUR, Walter

1992 Europe in Our Time. A History 1945-1992. Viking. Londres.

LARRAURI PIJOAN, Elena

2006 «Populismo puntivo... y cómo resistirlo», en: JpD 55 (2006), p. 15 ss.

LEINEMANN, Jürgen

2005 Höhenrausch. Die Wirklichkeitslehre Welt der Politiker, ed. Wilhelm Heyne Verlag, München.

LESCURE, Karine

1994 Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, Montchrestien, Paris, p. 124 ss.

LETTERON, Roseline

2001 «L'universalité des droits de l'Homme: apparences et réalités», *Annuaire français de Relations internationales*, Bruylant, Bruxelles, pp. 145-164.

LIEPMANN, Moritz

1912 *Die Todesstrafe. Ein Gutachten*. Sonderabdruck aus den Verhandlungen des XXXI. Deutschen Juristentages, J. Guttentag, Berlin. reimpresión 1978).

LOMBROSO, Cesare

1902 *El delito, sus causas y remedios*, traducida al castellano por Constancio Bernaldo de Quirós, Librería de Victoriano Suárez, Madrid.

1906 «Vicende della pena di morte in Russia, Francia, Stati Uniti e Italia», en *La Scuola Positiva*, p. 575 ss.

1909 «Peine de mort» en *Le Figaro* de 17 de febrero

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo

1997 «El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos», en *Poder Judicial*, nº 48, p. 289 ss.

LYONS, William/SCHEINGOLD, Stara

2000 «The politics of crime and punishment», en VV.AA. (G. LaFree ed.), *The nature of crime: Continuity and Change. Criminal Justice 2000 series*, vol I., National Institute of Justice, Washington, p. 103 ss.

- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz  
1994 *Derecho penal, Parte general*, T. I, Astrea, Buenos Aires.
- MCCLOSKEY, H. J.  
1972 «A Non-Utilitarian Approach to Punishment», en *Philosophical Perspectives on Punishment*, Gertrude Ezorsky (ed.), Albany, State University of New York Press, p. 119-134.
- MAGGIORE, Giuseppe  
«¿Quién debería espantarse de la muerte más que el que la dispensa habitualmente?».  
*Derecho penal*. 5 vols. Traducción de José J. Ortega Torres. Temis, Bogotá, t. II, 1954.
- MANZONI, Alessandro  
1843 *Storia de la colonna infame*. Napoli.
- MARSHALL, James  
1962 *Vida de Chessman*, ed. Rodegar, Barcelona.
- MARIATEGUI, José Carlos  
1972 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana, 20a edición, Empresa Editora Amauta, Lima.
- MAS GODAYOL, José  
1961 *Historia de la pena de muerte*, ed. Triner, Barcelona.  
1971 *La pena de muerte en 25.000 palabras*, ed. Bruguera, Barcelona.
- MATHEWS, Roger  
2005 «The myth of punitiveness», en *Theoretical Criminology*, vol. 9, p. 175 ss.
- MATHISON, Gilbert F.  
s/d «Excursión a Pachacamac y Chorrillos (1822)», en Estuardo Núñez, *El Perú visto por viajeros*, 1, Ediciones Peisa, Lima.
- MAURACH, Reinhard  
1960 *Juristische Argumente gegen die Todesstrafe*, en el volumen *Todesstrafe? Theologische und juristische Argumente*. Kreuz Verlag, Stuttgart, p. 24-40.
- MAURACH, Reinhard/ZIPF, Heinz  
1994 *Derecho penal, Parte general*, T. I, Astrea, Buenos Aires.
- MAYER, Max Ernst  
*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch. Keip Verlag, Goldbach, 1997 (reproducción facsimilar de la edición de Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923).

MESSNER, Steven F./ROSENFELD, Richard

2001 *Crime and the American Dream*, 3ª ed., ed. Wadsworth, Belmont (California), (1ª ed., 2ª ed. 1997).

MESSUTI, Ana

2001 *El tiempo como pena*, Campomanes Libros, Buenos Aires.

MIR PUIG, Santiago

1976 *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona.

2004 *Derecho penal, parte general*, 7º ed. BdeF, Montevideo/Buenos Aires.

MOCCIA, Sergio

1997 *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed.

MOMMSEN, Teodoro

s.f. *Derecho penal romano*, traducido por Pedro Dorado Montero, ed. La España Moderna, Madrid, s.f. (existe moderna reimposición, ed. Temis, Bogotá, 1991. Edición original, Romisches Strafrecht, ed. Duncker & Humblot, Leipzig).

MOORE, David W.

«Public divided between death penalty and life imprisonment without parole. Large majority supports death penalty if no alternative is specified», en [www.death-penaltyinfo.org](http://www.death-penaltyinfo.org).

MUÑOZ CONDE, Francisco

1994 «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar», en *Doxa*, nº 15-16, p. 1025 ss.

2002 «El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad», en VV.AA., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, ed. Tecnos, Madrid, p. 487 ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes

2002 *Derecho penal, parte general*, 5º ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

NACIONES UNIDAS

1948 DUDH, GAOR, 3ª Sección, 1ª sesión plenaria, U.Nº Doc A/810 (12 déc. 1948)

1978 Pacto internacional de derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966, S. EXEC. Doc. E, 95-2 (1978), 999 U.NºT.S. 171 [PIDCP].

1983 Protocole nº 6 - concernant l'abolition de la peine de mort (1999) - à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 28 avril 1983, Artículo 1, Europ. Numéro 114 de T.S.

1989 Segundo Protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, dirigido a la abolición de la pena de muerte, G.A. Res. 44/128, U.Nº GAOR, 44ª Sesión, Suppl. Nº 49. a 206, U.Nº Doc. A/44/49 (15 décembre 1989) [Deuxième Protocole facultatif].

- 1989 Convención sobre los derechos de la infancia, G.A. Res. 44/25, Número suplementario 48. à 166, U.Nº GAOR, U.Nº Doc. A/Res/ 44/99 (20 noviembre de 1989) [CDE].
- 2002 Protocolo nº 13 — concerniendo la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias —a la Convención de protección de los Derechos del Hombre y las Libertades fundamentales, 3 mayo de 2002, Europ. Nº 183 de T.S.
- NAGLER, Johan  
1918 *Die Strafe*, band I, ed. Felix Meiner, Leipzig.
- NEUMANN, Elías  
2004 Pena de muerte. La crueldad legislada, Buenos Aires.
- NOVOA MONREAL, Eduardo  
1985 *Curso de derecho penal chileno*. 2 vols. Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, (reimpresión), t. II.
- NRY, Michael  
2004 *Thinking about crime: Sense and sensibility in American penal culture*, ed. Oxford University Press, Oxford.
- ONECA Antón,  
1986 *Derecho penal*. 2ª ed., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Akal, Madrid.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS.  
CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS  
2003 *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; San José, Costa Rica, julio.
- PARENTI, Christian  
1999 *Lockdown America: Policy and prisons in an age of crisis*, ed. Verso, London.
- PATERNOSTER, Raymond  
1991 Peine capital en Amérique, 3 (1991).
- PAWLIK, Michael  
2002 *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl  
2006 «La pena de muerte. Expresión acabada de todo un proceso de degradación del sistema penal», en *Actualidad Jurídica*, Nº 144, p. 265 ss.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos  
1996 «Sociedad de riesgos y derecho penal», en *Poder Judicial*, n º 43-44, p. 61 ss.

- 2001 «Sobre los orígenes del derecho penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 75, p. 597 ss.
- PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando  
1996 *Introducción al derecho penal*, 3º ed. Forum Pacis, Ibagué.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel  
2004 *La reforma penal española de 2003*, ed. Tecnos, Madrid,
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo  
2003 «La configuración del homo sacer como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial», en *Panóptico*, nº 6, 2º semestre de, p. 161 ss.
- PRITTWITZ, Cornelius  
1993 *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, ed. Klostermann, Frankfurt,
- PROTOCTOR, Robert  
s/d «De Trujillo a Lima (1823)», en Estuardo Núñez, *El Perú visto por viajeros*, I, Ediciones Peisa, Lima
- PULIDO FERNÁNDEZ, Ángel  
1897 *La pena capital en España*, Imprenta de Enrique Teodoro, Madrid.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio  
1958 *Compendio de derecho penal*, tomo I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo  
2004 *Adonde va el derecho penal*, ed. Civitas, Madrid.
- RADBRUCH, Gustav  
1950 *Ars moriendi*, en *Elegantiae juris criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*. Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel, 2ª ed., p. 141 ss.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio  
2003 «El nuevo Elías: la teoría del derecho penal del enemigo de Günther Jakobs», en *Panóptico*, nº 6, 2º semestre de, p. 147 ss.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de  
1980 *Configuración y desfiguración de la pena*. Instituto de Chile. Academia de Ciencias sociales, políticas y morales. Edeval, Valparaíso, Chile.  
2002 «Dignidad humana y pena capital», en la recopilación póstuma de trabajos del autor, *Violencia y Justicia*, Editorial de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, p. 58 ss.
- ROBERTS, Julian V./STALANS, Loretta/INDERMAUR, D./HOUGH, M.  
2003 *Penal Populism and Public Opinion*, ed. Oxford University Press, Oxford.

- RODRÍGUEZ DEVESA, José María  
1981 *Derecho penal español* (Parte general), 8ª ed. Imprenta Artes Gráficas Carasa, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino  
1959 *Origen español de la ciencia del derecho penal*. Alfonso de Castro y su sistema penal, prólogo del Dr. Paulino Pedret Casado, ed. Cisneros, Madrid.
- ROELLECKE, Gerd  
2006 «Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror», en: JZ2006, p. 265 ss.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio  
1988 *Historia de la prisión es España*, prólogo de Carlos García Valdés, ed. P.P.U., Barcelona.
- ROSSI, Paolo  
1978 La pena di morte. Scetticismo e dogmatica. Pan, Milano.  
s/f. *Trattato di diritto penale*. Trad. italiana de Enrico Pessina. Società Editrice, Torino.
- ROXIN, Claus  
2000 La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el Proceso penal, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 57 ss. y 89 ss.  
2006 *Strafrecht Allgemeiner Teil*. t. I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª ed.  
1999 Derecho penal, parte general, t.1, Civitas Madrid.
- RUBIO, Marcial/BERNALES, Enrique  
1999 Estudio de la Constitución Política de 1993, tomo 5. Fondo editorial PUCP. Lima.  
1988 *Constitución y sociedad política*. Mesa Redonda Editores; Lima.
- RUIZ FUNES GARCÍA, Mariano  
1934 Progresión histórica de la pena de muerte en España, ed. Revista de Derecho privado, Madrid.  
1944 *Actualidad de la venganza*, con prólogo de Luis Jiménez de Asúa, ed. Losada, Buenos Aires.
- SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO, Quintiliano  
s.f. *Adiciones al tomo III del Tratado de derecho penal* de Franz von Liszt, 3ª ed., ed. Reus, Madrid.
- SALVIOLI, Giuseppe  
1890 *Storia del Diritto italiano*, 8ª ed., ed. UTET, Torino, 1921, (1ª ed., Manuale di storia del Diritto italiano: dalle invasioni germaniche ai nostri giorni, ed. UTET, Torino).
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías  
1937 *Derecho penal español* (Parte general-Parte Especial), ed. Librería General La Facultad de Germán García, Salamanca.

SANTULLI, C.

Une administration internationale de la justice? A propos des affaires Bréard et LaGrand, AFDI 1999, p. 101 ss.

SANZ DELGADO, Enrique

2003 El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX, ed. Edisofer, Madrid,

2004 «La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?», en *Revista de derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº extraordinario 2, p. 195 ss.

SASSON, Theodore

1995 Crime talk: How citizens construct as social problems, ed. Aldine de Gruyter, New York.

SCOTT, Carter

1973 Caryl Chessman, el bandido de la luz roja, ed. Rollan, Madrid.

SCHABAS, WILLIAM

1993 The abolition of the death penalty in International Law, Grotius, Cambridge.

SCHAFFSTEIN, Friedrich

1957 *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, traducción realizada por José María Rodríguez Devesa, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

SCHEINGOLD, Stuart A.

1999 The politics of street crime: Criminal process and cultural obsession, ed. Temple University Press, Philadelphia.

SCHÄUBLE, Wolfgang, PRANTL, Heribert

2006 «Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen bei terroristischen Handlungen?», en: ZRP2006, p. 71 ss.

SCHERER, Sebastian

2002 *Die Zukunft des Terrorismus*. Drei Szenarien, (cit.: Scheerer, Zukunft des Terrorismus).

SCHMID, Alex P./DE GRAAF, Jenny

1982 Violence and Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media.

SERVAN, Joseph Michel Antoine de

1819 *Oeuvres Choiesies*, 1, Liège.

SERRANO Gómez

1982 «Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España», en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, de Madrid.

SERRANO MÁLLO, Alfonso

2003 Introducción a la Criminología. Dykinson, Madrid.

SELLIN, Thorsten

- 1959 The death penalty. A report for the Model Penal Code Project of the American Law Institute, ed. American Law Institute, Philadelphia.  
1967 *Capital punishment*, ed. Harper and Row, New York.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

- 1992 Aproximación al derecho penal contemporáneo, ed. Bosch, Barcelona.  
2001 La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, ed. Civitas, Madrid.  
2006 (ed.), «Globalización y Derecho», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005).

SMITH, Kevin B.

- 2004 «The politics of punishment: Evaluating political explanations of incarceration rates», en *Journal of Politics*, vol. 66, p. 925 ss.

SPAEMANN, Robert

- 1989 «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Lo natural y lo racional*, Madrid.

STRATENWERTH, Günther

- 1978 Juristische Erwägungen zur Todesstrafe, en el volumen colectivo Nein zur Todesstrafe. Ein Podium von Amnesty International. Friedrich Reinhardt Verlag, Basel, p. 37 ss.

SUARDO, Juan Antonio

- 1629 *El Diario de Lima (1629-1639)*, vols. 1-11. Talleres Gráficos de Editorial Lumen S. A.

SUEIRO, Daniel

- 1968 *El arte de matar*, ed. Alfaguara, Madrid.  
1971 Los verdugos españoles. Historia y actualidad del garrote vil, ed. Alfaguara, Madrid.  
1974 La pena de muerte. Ceremonia, historia, procedimiento, ed. Alianza/Alfaguara, Madrid.

TATALOVICH, Raymond

- 2003 «Morality policy and political unaccountability: Capital punishment, abortion and gay rights in Canada, United Kingdom, France and Germany», en Paper delivered to the Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, may 30 – June 1, (Halifax, Nova Scotia).

TEETERS, Negley K.

- 1964 «El criminólogo universitario y su deber de actuar socialmente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre, p. 405 ss.

TEJADA, Alberto

2006 «Seguridad ¿Criminales o enfermos mentales?», en *Caretas* del 10 de agosto de 2006.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel

1998 *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, prólogo de Francisco Bueno Arús, ed. Edisofer, Madrid.

2003 «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *Diario La Ley*, nº 5837, 14 de agosto de, p. 1 ss.

2004 «La reforma del Código penal y sus implicaciones penológicas», en *La Ley Penal*, nº 1, p. 30 ss.

2005 *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, ed. Edisofer, Madrid.

TERRADILLOS BASOCO, Juan

1988 *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (cit.: Terradillos Basoco, Terrorismo y Derecho).

TOLSTOI, León

2000 *No puedo callarme*, versión castellana de Ricardo Baeza, en Ignacio Millán/José E. Iturriaga, Dostoievski, Tolstoi, *Novelas y cuentos*. Estudios preliminares de Océano, Barcelona.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco

1969 *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, ed. Tecnos, Madrid.

TONRY, Michael

1999 «Why are U.S. incarceration rates so high?», en *Crime and Delinquency*, vol. 45, p. 419 ss.

TYLER, Tom/BOECKMANN, Robert

1997 «Three Strikes and You're Out, but why?», en *Law and Society Review*, nº 31, p. 237 ss.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José C.

1993 «Muerte sin pena», en: *Ius et Veritas*, año IV nº 7 (1993), p. 181 ss.

ULLOA DÍAZ César Humberto/ULLOA GAVILANO José Rubén

2007 *La pena de muerte para los delitos de violación sexual contra menores de edad. A propósito del proyecto de ley N° 13389 del Perú* en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php> (citado 7 de febrero 2007).

## UNION EUROPÉENNE

*Politique de l'UE et action sur la peine de mort, Union européenne aux Etats Unis*  
<http://www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/deathpenhome.htm>.

## VALDEZ ROCA, Raúl Alfonso

2005 La pena de muerte en el Perú. Infojuris. Lima.

## VALDÉS RUBIO, José

1892 Programa razonado de un curso de derecho penal según los principios y la legislación, 2ª ed., Imprenta de la Viuda e Hija de Gómez Fuentenebro, Madrid.

## VAUGHAN, Barry

2002 «The punitive consequences of consumer culture», en *Punishment and Society*, vol. 4, p. 195 ss.

## VECILLA DE LAS HERAS, Luis

1968 *Defensa de la vida humana IV* (Apuntes para la historia de la pena de muerte), ed. Server-Cuesta, Valladolid.

## VOGEL, Joachim

2006 «Derecho penal y globalización», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 9 (2005), Globalización y Derecho, 2006, p. 113 ss.

## VON HENTIG, Hans

1967 *La pena I (Formas primitivas y conexiones histórico-culturales)*, traducida al castellano por José María Rodríguez Devesa, ed. Espasa-Calpe, Madrid.

## VON LISZT, Franz

1995 *La idea del fin en el derecho penal*, traducción de Carlos Pérez del Valle, introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, ed. Comares, Granada.

## VOLTAIRE, François-Marie Arouet de

1982 *Comentario sobre el libro de los delitos y de las penas por un abogado de provincias*, n/c traductor, notas de Juan Antonio Delval, moderna edición, ed. Alianza, Madrid.

## VV.AA.

1978 *La pena de muerte, seis respuestas*, 2ª ed., ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, (1ª edición, Madrid, 1975).

1994 *Political issues in Britain today*, B. Jones (ed). Manchester University Press, New York.

1995 *The Politics of Sentencing Reform*, Clarkson, C.M: and Morgan, R. (eds.) Clarendon Press, Oxford.

1999 *The Death Penalty Abolition in Europe*, ed. Council of Europe Publishing, Strasbourg, p. 109 ss.

- 2000a «The politics of crime and punishment», en VV.AA. (G. LaFree ed.), *The nature of crime: Continuity and Change. Criminal Justice 2000 series*, vol I., National Institute of Justice, Washington, p. 103 ss.
- 2000b *Criminal Policy in Transition*, Penny Green/Andrew (eds.). Rutherford. Hart Publishing, Oxford.
- 2000c *La insostenible situación del derecho penal*, Area de derecho penal de la Universidad de Pompeu Fabra (ed.) Comares, Granada.
- 2004 *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, (dir. Patricia Faraldo), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, : 299 ss.
- 2006 *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 tomos, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (eds.). Edisofer & B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo.
- 20006a Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez (Dir. Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni), ed. Dykinson, Madrid.
- 2007 Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y en la Unión Europea, Alfonso Serrano Gómez y coord. Carlos Vázquez González (ed). Edisofer, Madrid.
- WALDMANN, Peter  
1998 Terrorismus. Provokation der Macht.
- WARR, Mark  
1995 «The polls-poll trends: Public opinion on crime and punishment», en *Public Opinion Quarterly*, vol 59, p. 296 ss.
- YEPES DEL CASTILLO, Ernesto  
1979 «El desarrollo peruano en las primeras décadas del siglo XX», en *Nueva Historia General del Perú*, p. 137-160, Industrial Gráfica, Lima.
- YOUNG, Jock  
1999 *The Exclusive Society. Social exclusion, crime and difference in late modernity*, ed. Sage, London, (existe traducción al castellano realizada por R. Bergalli y R. Sagarduy, La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl  
1988 *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, 1987-1988, t. V.  
1982 «La co-culpabilidad en la legislación comparada», en *Política criminal latinoamericana*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALIAGA, Alejandro/SLOCAR, Alejandro  
2000 Derecho penal, parte general, Ediar, Buenos Aires.

ZEDNER, Lucía

2002 «Dangers and Dystopias in Penal Theory», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n° 1, p. 362 ss.

ZIMRING, Franklin E./HAWKINS, Gordon

1995 *Incapacitation*, ed. Oxford University Press, New York.

ZUÑIGA Guardia, Iván

1957 *La Teoría jurídica del homicidio en el Código Penal*, Talleres Gráficos EETSA, Lima.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2007 *Acerca del triste debate de la pena de muerte en el Perú* en [www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/suniga\\_penamuerte.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/suniga_penamuerte.pdf) (consultado 7 de febrero 2007).